ISBN of reproduction: 978-1-77096-009-1

LA BIBLIOTHÈQUE

DU

CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUEBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA)

OU RECUEIL

COMPRENANT ENTRE AUTRES MATIÈRES:

1. Le Texte du Code en Français et en Anglais.
2. Les rapports officiels de MM. les Commissaires chargés de la codification.
3. La citation au long des autorités auxquelles réfèrent ces Messieurs, à l'appui des diverses parties du Code Civil, ainsi que d'un grand nombre d'autres autorités.
4. Des tables de concordance entre le Code Civil du Bas-Canada et ceux de la France et de la Louisiane.

PAR

CHS C. de LORIMIER, C. R., L. L. D.

Professeur agrégé à l'Université Laval à Montréal.

VOL. XI

MONTRÉAL:

CADIEUX & DEROME

LIBRAIRES-ÉDITEURS

1885.

LA
BIBLIOTHÈQUE DU CODE CIVIL
DE LA
PROVINCE DE QUÉBEC
(CI-DEVANT BAS-CANADA)

CODE CIVIL DU BAS-CANADA
CIVIL CODE OF LOWER CANADA.

[ARTICLE 1385.]

§ 1. *De la clause de réalisation.*

1385. Par la clause de réalisation les parties excluent de la communauté, pour le tout ou pour partie, leur mobilier qui sans cela y tomberait.

Lorsqu'elles stipulent qu'elles en mettront réciproquement dans la communauté jusqu'à concurrence d'une certaine somme ou d'une valeur déterminée, elles sont, par cela seul, censées se réserver le surplus.

§ 1. *Of the clause of realization.*

1385. By the clause of realization the parties exclude from the community, either wholly or in part, the moveable property which would otherwise fall into it.

When they stipulate that they will reciprocally put into the community moveable property to the extent of a certain sum or of a determinate value, they are, by such stipulation alone, presumed to have reserved the remainder.

[ARTICLE 1385.]

* *C. N.* 1500. } Les époux peuvent exclure de leur communauté tout leur mobilier présent et futur.

Lorsqu'ils stipulent qu'ils en mettront réciproquement dans la communauté jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée, ils sont, par cela seul, censés se réserver le surplus.

---

* 2 *Rogron, sur art.* 1500, *C. N.* } *Peuvent exclure.*—Le mobilier que les époux déclarent exclu de leur communauté, devenant à leur égard propre de communauté, cette clause s'appelle pour cette raison *stipulation de propres*, ou clause de *réalisation.* — QUESTION. *Les meubles exclus se trouvent-ils aussi réalisés à l'égard des tiers, ou continuent-ils, à la différence des propres réels, de faire partie de la communauté, de telle sorte que les créanciers puissent les faire vendre contre le mari, comme les autres biens de la communauté?* Oui ; car tout l'avantage que les époux retirent de cette clause, c'est de prélever, à la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier que chacun d'eux a apporté excédait sa mise en communauté (art. 1503). Lorsque, dans le contrat, les époux stipulent positivement la clause d'exclusion du mobilier, cette clause est *expresse;* s'ils en mettent seulement jusqu'à concurrence d'une certaine somme, la clause d'exclusion pour le surplus est *tacite.* Du reste, il faut entendre l'expression mobilier futur de cette clause, comme celle de la clause précédente, c'est-à-dire du mobilier acquis *à titre gratuit ;* car autrement la communauté ne porterait sur rien.

---

4 *Zachariæ*, (*Massé et Vergé*), § 656, *p.* 181-186. } § 656. *De la clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie* (1).

(1) On lui donne le nom de *clause de réalisation* ou de *stipulation de propres.* On appelle propres *conventionnels* les meubles exclus par convention de la communauté, pour les distinguer des propres *réels*, c'est-à-dire des biens que la loi exclut de la communauté de biens. [On leur

[ARTICLE 1385.]

Les futurs époux peuvent immobiliser ou réaliser en tout ou en partie leur mobilier, c'est-à-dire exclure de la communauté, en assimilant aux immeubles, qui en sont légalement exclus, les meubles qu'ils possèdent à l'époque du mariage, ou ceux qu'ils viendraient à acquérir à titre gratuit pendant le mariage.

Cette immobilisation peut avoir lieu expressément ou tacitement (1). Elle est expresse, soit quand les futurs époux conviennent dans le contrat de mariage que leur mobilier, présent ou futur (2), demeurera pour le tout ou pour partie, par exemple, pour la moitié ou pour le tiers, exclu de la communauté ; soit lorsque l'un ou l'autre époux se réserve sur son apport une somme déterminée pour l'achat d'un immeuble (3). Elle a lieu tacitement quand les époux conviennent

donne aussi le nom de propres *fictifs*, parce que, quoique restant meubles ou fruits, on feint qu'ils sont immeubles pour les exclure de la communauté et leur attribuer la qualité de propres.] V. Merlin, *Rép.*, v° *Réalisation*; [Troplong, n. 1918; Marcadé, sur l'art. 1500.] V. aussi § 655. (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) [Il n'y a donc pas de formule sacramentelle.]

(2) Par mobilier présent, il faut toujours entendre dans ce paragraphe les meubles possédés par les époux au jour de la célébration du mariage ; et, par mobilier futur, les meubles acquis à titre gratuit par les époux pendant le mariage. (MASSÉ et VERGÉ).

(3) C'est ce qu'on appelle la *clause d'emploi*. On considérerait à tort cette stipulation comme un cas d'immobilisation tacite. C'est une immobilisation expresse faite *per verba æquipollentia*. [On considère, en général, la clause d'emploi comme une réalisation ou immobilisation tacite. V. Rodière et Pont, 2, n. 66; Troplong, n. 1922; Marcadé, sur l'art. 1500. Mais c'est là une question sans intérêt, puisque, tacite ou expresse, la réalisation produit les mêmes effets.] Les deniers réservés doivent être assimilés par voie d'analogie au prix de vente d'un immeuble propre de l'un ou de l'autre époux mariés sous le régime de la communauté légale. [En d'autres termes, les deniers réservés restent propres quoique l'emploi n'en ait pas été fait ; et l'immeuble acquis en emploi de ces deniers ne tombe pas dans la communauté, Merlin, *Rép.*, v° *Réalisation*, § 1, n. 5 ; Rodière et Pont, 2, n. 66 ; Odier, 2, n. 743 et s. ; Troplong, n. 1922,

dans le contrat de mariage de ne faire entrer leur mobilier dans la communauté que jusqu'à concurrence d'une certaine somme ou d'une valeur déterminée (1), ou de n'apporter à la communauté qu'une somme déterminée : *Qui dicit de uno, negat de altero* (2). L'immobilisation expresse se nomme *clause de réalisation*, dans le sens propre ; l'immobilisation tacite reçoit la dénomination particulière de *clause d'apport* (3), art. 1500 et 1511.

1946 et s. ; Marcadé, sur l'art. 1500.] V. art. 1434 et 1498 ; Nîmes, 19 déc. 1830, S. V., 31, 2, 196. — Les époux peuvent aussi se réserver comme propres certains meubles déterminés et certaines créances. V. Cass., 19 juin 1836, S. V., 36, 1, 649. (MASSÉ et VERGÉ).

(1) L'art. 1500, alin. 2, porte : "Lorsqu'ils stipulent qu'ils en mettront réciproquement..." Mais ce mot *réciproquement* ne doit pas être entendu en ce sens que la clause d'immobilisation ne puisse être stipulée dans l'intérêt d'un seul des époux, ni en ce sens que les réalisations doivent être égales de part et d'autre. V. Pothier, n. 306 ; Bellot, 3, p. 49 ; Duranton, 15, n. 26 ; [Toullier, 13, n. 298 ; Odier, 2, n. 737 ; Rodière et Pont, 2, n. 69 ; Troplong, n. 1933.—Le passage précité de l'art. 1500 a seulement pour but d'exprimer que la réalisation peut être stipulée par chacun des deux époux, aussi bien par le mari que par la femme. (MASSÉ et VERGÉ).

(2) Bellot, 3, p. 48. La clause d'apport peut résulter également de la stipulation par laquelle un époux déclare faire un apport mobilier jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, au fur et à mesure que les immeubles lui adviendront, *ibid.*—Cette dernière clause exclut de la communauté, non-seulement les biens présents, mais encore les biens à venir. [L'exclusion est expresse, puisque dans ce cas particulier l'apport doit être imputé sur le mobilier présent et sur le mobilier futur. Mais sur l'effet général de la clause d'apport en ce qui touche l'exclusion du mobilier futur.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) [Il n'est pas exact de dire que l'immobilisation expresse constitue la clause de réalisation, et l'immobilisation tacite la clause d'apport. La clause de réalisation est celle qui, expressément ou tacitement, exclut de la communauté en totalité ou en partie le mobilier présent ou futur. La clause d'apport est celle par laquelle les époux stipulent l'apport en communauté d'une somme déterminée ; et, en admettant qu'elle emporte réalisation tacite du mobilier exclu, toujours est-il qu'elle n'est pas la seule formule au moyen de laquelle le mobilier des époux puisse être tacitement réalisé.] (MASSÉ et VERGÉ.)

[ARTICLE 1385.]

Toutefois la réalisation, constituant une exception à la règle générale, qui est la communauté légale, ne doit pas être présumée, lorsqu'il y a doute sur son existence, ni être étendue au delà du sens littéral de la clause, lorsqu'elle a été stipulée (1). Si donc, par exemple, les futurs époux conviennent que chacun d'eux n'apportera qu'une somme déterminée à la communauté, on doit considérer comme exclu de la communauté le surplus seulement de leur fortune mobilière présente, mais non le mobilier qui leur échoit par la suite (2).

(1) [Ainsi, l'exclusion du mobilier présent ne s'entend pas du mobilier futur, et réciproquement: pas de doute possible sur ce point. Nous croyons cependant que l'exclusion du mobilier, sans autre explication, doit s'entendre du mobilier futur aussi bien que du mobilier présent: c'est ce qui nous semble résulter de l'ensemble des dispositions du Code sur la matière et surtout des art. 1503 et 1504 qui supposent évidemment que le mobilier échu aux époux pendant le mariage, c'est-à-dire le mobilier futur, leur est resté propre.—*Contrà*, Odier, 2, n. 734; Duranton, 15, n. 28; Troplong, n. 1926.—Mais le mobilier futur réalisé ne doit s'entendre, à moins de convention expresse, que de celui qui échoit aux époux par donation ou succession: il ne comprend pas celui qui est le résultat de leur travail et de leur collaboration commune, puisque, si ce mobilier était exclu, il n'y aurait plus rien de commun entre les époux, Duranton, 15, n. 27; Rodière et Pont, 2, n. 71 et s.; Troplong, n. 1928; Marcadé, sur l'art. 1500.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) [La question revient à savoir si, dans le cas où un époux a limité son apport à une certaine somme ou valeur, le mobilier futur, aussi bien que le mobilier présent, lui reste propre, ou bien si, au contraire, le mobilier futur tombe dans la communauté, de la même manière que sous l'empire de la communauté légale; de sorte que si, à la dissolution de la communauté, l'apport se trouve encore dû en tout ou en partie, on ne puisse imputer ce mobilier en déduction de ce que l'époux reste devoir sur son apport. Nous croyons qu'on doit facilement supposer que la stipulation ne se rapporte qu'aux meubles présents, et que l'intention des parties a été de laisser les meubles à venir sous l'empire du droit commun. Mais nous croyons aussi que dans le silence absolu du contrat de mariage, et en l'absence de toute énonciation de nature à révéler l'intention des parties, la généralité des termes de l'art. 1500 conduit à supposer l'exclusion de tout ce qui dans le mobilier soit présent, soit futur,

I. *De la clause de réalisation.*—L'effet de cette clause est de laisser la propriété des meubles réalisés à l'époux auquel ils appartenaient avant le mariage, ou à celui d'entre eux auquel ils sont échus pendant le mariage. Le mari ne peut donc aliéner les meubles immobilisés de la femme, sans son consentement (1), pas plus que les créanciers de la femme ou de la communauté, à moins que la femme ne se soit obligée personnellement envers eux, ne peuvent exercer de recours sur les meubles réalisés (2), art. 1503.

excède l'apport stipulé : d'où la conséquence que le mobilier futur doit, comme le mobilier présent, être imputé sur l'apport, Toullier, 13, n. 311 ; Duranton, 15, n. 35 ; Rodière et Pont, 2, n. 79 ; Odier, 2, n. 754 ; Marcadé, sur l'art. 1501. — *Contrà*, Delvincourt, 3, p. 387. V. aussi Troplong, n. 1963.—Dans la clause d'apport, ce qui demeure propre à l'époux, c'est moins la propriété *in specie* des meubles qui excèdent l'apport que la valeur de ces meubles.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) S'ils ont été aliénés sans le consentement de la femme, celle-ci a une action en reprise de leur valeur suivant l'estimation faite dans le contrat de mariage, Delvincourt, 3, p. 306 ; Paris, 21 janv., 15 avril et 11 mai 1837, S. V., 37, 2, 305. [V. la note suivante.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Toullier, 12, n. 377 et s. ; Duranton, 15, n. 49. C'est ce qui résulte de l'art. 1503, qui se sert des mots *reprendre* et *prélever*. V aussi l'art. 1531, duquel on peut tirer un argument en faveur de la même opinion. V. cependant pour les choses fongibles, l'art. 1532. Selon d'autres auteurs au contraire, le mari est propriétaire des meubles réalisés de la femme, par le motif que ces meubles se confondent avec la communauté. V. Pothier, n. 315 ; Delvincourt, 3, 78 ; Bellot, 3, p. 102, et 4, p. 359. [Nous croyons que la clause de réalisation dont il s'agit ici, de même et à plus forte raison encore que la clause qui réduit la propriété aux acquêts, ayant pour effet de réserver à la femme, à titre de propres, les meubles réalisés, de la même manière que des immeubles, la communauté ne peut avoir que l'usufruit de ces meubles, et que le mari n'a pas plus le droit d'en disposer et de les aliéner qu'il n'aurait le droit d'aliéner des immeubles, sauf le cas où il s'agirait de choses fongibles, Toullier, 12, n. 377 et s. ; Duranton, 14, n. 318, et 15, n. 20 ; Odier, 1, n. 278, et 2, n. 728 et 729 ; Rodière et Pont, 2, n. 51 ; Marcadé, sur l'art. 1499 ; Gauthier, Observ. dans S. V., 56, 1, 865 ; Paris, 15 fév. 1839, S. V., 40, 2, 212 ; 3 janv. 1852, S. V., 52, 2, 133 ; Cass.,

[ARTICLE 1385.]

L'usufruit des meubles réalisés appartient à la communauté de biens (1) à partir du jour de la célébration du mariage (2), arg. art. 1503 et 1528.

La clause de réalisation n'implique pas nécessairement la clause de la séparation de dettes (3). Cependant les époux

2 juill. 1840, S. V., 40, 1, 887.—*Contrà*, Merlin, *Rép*, v° *Réalisation*, § 18, n. 4 ; Delvincourt, 3, p. 306 ; Bellot, 3, p. 101 et s. ; Rolland de Villargues, v° *Communauté*, n. 488 ; Troplong, n. 1936 ; Paris, 21 janv., 15 avril et 11 mai 1837, S. V., 37, 2, 305. — Il en serait, bien entendu, autrement, si des stipulations du contrat de mariage, par exemple, d'une estimation des meubles réalisés, il résultait que la femme n'a droit qu'à la reprise de la valeur du mobilier réalisé. V. Cass., 25 fév. 1852, S. V., 52, 1, 352 ; et Paris, 14 mai 1853, S. V., 54, 2, 729.—Il est d'ailleurs à remarquer que la reprise du mobilier en nature est non-seulement un droit, mais encore une obligation pour la femme, qui ne peut être admise à le reprendre en valeur et par équivalent que lorsqu'il en a été disposé, et qu'il a été consommé ou déprécié par l'usage, Cass., 16 juill. 1856, S. V., 56, 1, 865.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) Quant aux fruits précédemment perçus ou échus ils font partie des meubles réalisés, *augent dotem*. Paris, 20 fév. 1815. Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait, il est vrai, de la clause d'apport, *sed par est ratio*. [C'est ainsi que dans la communauté réduite aux acquêts, les fruits échus ou perçus après la célébration du mariage et avant la dissolution de la communauté entrent seuls dans la société d'acquêts. V. § 655.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Le mari a, par conséquent, l'administration des meubles réalisés comme des autres, art. 1428 ; Toullier, 12, n. 380. [Il suit de là que le mari a le droit de recevoir les capitaux appartenant à sa femme, même ceux qui sont exclus de la communauté par une clause de réalisation de propres, Cass., 25 juill. 1843, S. V., 51, 1, 258.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) La question est controversée, V. *inf.*, § 659, et Bellot, 3, p. 159 ; V. aussi Pothier, n. 342. Dans tous les cas, les intérêts des dettes de chacun des époux doivent être payés avec les deniers de la communauté.— [Nous avons vu que, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, toutes les dettes qui correspondent aux biens des futurs exclus de la communauté en sont elles-mêmes exclues ; et que, par conséquent, la communauté n'est grevée ni des dettes des époux antérieures au ma-

ont la faculté d'introduire en même temps cette dernière clause dans leur contrat de mariage.

A la dissolution de la communauté chacun des époux prélève les meubles apportés par lui, qu'il a réalisés, et la femme prélève de plus la valeur de ceux de ses meubles réalisés qui ont été aliénés par le mari : le tout conformément aux art. 1531 et 1532, dont les dispositions, spéciales aux époux qui se sont mariés sans communauté, sont également applicables à la clause de réalisation.

La preuve que tels et tels biens mobiliers sont compris parmi les meubles réalisés, ou la preuve de la consistance des meubles réalisés ne peut se faire contre les tiers, par exemple, contre les créanciers, que suivant les règles établies *sup.*, § 655, en matière de communauté d'acquêts. Mais, à l'égard des époux entre eux ou de leurs héritiers, il faut distinguer, quant à la preuve, entre les biens mobiliers que les époux possédaient à l'époque du mariage, et les biens mobiliers ultérieurement acquis à titre gratuit. En ce qui concerne

riage, ni des dettes futures, c'est-à-dire des dettes dont sont grevés les biens qui adviennent aux époux à titre gratuit. Par le même motif, sous le régime de la réalisation, les dettes correspondantes à l'actif réalisé doivent être exclues de la communauté. Si donc tout le mobilier présent est réalisé, toutes les dettes actuelles restent personnelles à l'époux ; si la réalisation porte sur le mobilier présent et futur, l'exclusion atteint les dettes présentes et futures ; s'il n'y a de réalisé qu'une quote-part du mobilier, l'exclusion n'atteint qu'une quote-part correspondante des dettes, Toullier, 13, n. 324 et 325 ; Duranton, 15, n. 50 ; Odier, 2, n. 755 ; Rodière et Pont, 2, n. 73 et 74 ; Marcadé, sur l'art. 1500.—*Contrà*, Delvincourt, 3, p. 42 ; Troplong, n. 1939 et s. Mais si la réalisation ne portait que sur une somme déterminée ou sur un corps certain, nous croyons que toutes les dettes devraient tomber dans la communauté, et que l'époux qui a fait la réalisation ne devrait en supporter aucune partie, par application de ce principe que les dettes ne sont la charge que d'une universalité de biens : *Æs alienum universi patrimonii non certarum rerum onus est*, Pothier, n. 352 ; Marcadé, sur l'art. 1500. V. aussi Troplong, *loc. cit.* — (MASSÉ et VERGÉ.)

les premiers, la preuve de leur consistance doit être administrée conformément aux dispositions de l'art. 1502 (1). Quant aux seconds, la consistance en doit être constatée par un inventaire dressée au moment où ils viennent à écheoir à l'un ou à l'autre époux. S'il n'a pas été dressé d'inventaire, il faut encore distinguer entre les meubles échus au mari et les meubles échus à la femme. Dans le premier cas, le mari ne peut en général faire le prélèvement des meubles ni en demander indemnité, à moins que la nature et la valeur de ces meubles ne puissent être justifiées par le titre d'acquisition. V. art. 948. Dans le second cas, la femme ou son héritier peut faire déterminer la consistance, non-seulement au

(1) L'art. 1502, il est vrai, d'après la place qu'il occupe et la source dont il émane, V Pothier, n. 285 et s., ne se rapporte directement qu'à la clause d'apport. Mais son esprit le rend également applicable à la clause de réalisation. [Nous croyons, au contraire, qu'il y a lieu de distinguer entre la clause d'apport à laquelle se rapporte l'art. 1502, et la clause de réalisation. Autre chose, en effet, est la justification d'un apport qui tombe en communauté, et la justification de l'existence ou de la consistance des meubles réalisés qui ne tombent pas dans la communauté. Si donc, aux termes de l'art. 1502, l'apport est suffisamment justifié, quant au mari, par la déclaration portée au contrat de mariage que son mobilier est de telle valeur : et, s'il est suffisamment justifié à l'égard de la femme par la quittance que le mari lui donne ou à ceux qui l'ont dotée, ces énonciations et ces quittances ne peuvent faire preuve de la consistance des meubles réalisés à la reprise desquels chaque époux a droit. La preuve de cette consistance est régie, pour les meubles échus pendant le mariage, par l'art. 1504 qui s'applique également à la clause de réalisation et à la clause d'apport. Mais on ne trouve aucune disposition qui détermine les conditions de cette preuve, en ce qui touche les meubles appartenant aux époux au jour du mariage. Dans cet état de choses, nous inclinerions à faire application à la clause de réalisation de l'art. 1499, relatif à la société d'acquêts, à raison de l'analogie qui existe entre ces deux cas, la clause de réalisation ayant pour effet de rendre propres les meubles réalisés, de même que la clause qui réduit la communauté aux acquêts rend propres les biens autres que les acquêts. V. Rodière et Pont, 2, n. 80. V. aussi pour l'explication de l'art. 1499, *sup*, § 655] (MASSÉ et VERGÉ.)

moyen de toute espèce de preuves écrites, mais encore par témoins et même par commune renommée (1), art. 1504.

---

* 1 *Bourjon, Comm.*, 2e *part.*, *Tit.* 7, *ch.* 6, *p.* 454-455. } I. Par le principe qu'on a déjà exposé, que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes clauses, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et aux loix prohibitives, il s'ensuit qu'il est permis aux conjoints par leur contrat de mariage, de stipuler que leur mobilier extant lors du mariage ou partie d'icelui, leur sera propre, et par là exclus de la communauté, et l'ayant fait, telle convention a sa pleine exécution; ainsi cette clause licite fait exception à ce qu'on a dit par le troisième Chapitre ci-dessus.

L'Auteur du traité des Propres, ch. 6, sect. 1, num. 5, pag. 587. Voyez au Livre 2, le titre des Propres fictifs. Le mineur qui lors de son mariage n'auroit eu que du mobilier, seroit même restituable contre le défaut de réalisation et de stipulation de propre, ce qu'on verra plus amplement ci-après dans le présent Titre et sur celui des Restitutions en entier; voyez sur cela M. le Brun, de la Communauté, pag. 56, num. 12, et tel est sur ce dernier cas l'usage du Châtelet.

II. Cette stipulation, cette fiction immobilise le mobilier, relativement à la communauté seulement, et opère autant que la vérité; mais relativement à la communauté seulement: tel est l'effet de cette fiction, de cette stipulation.

M. Duplessis, traité de la Communauté, liv. 1, ch. 2, pag. 361, et le Titre indiqué sur la proposition qui suit.

III. Ils peuvent même faire militer cette fiction dans les successions de leurs enfans, auquel cas elle y opère comme elle opère par rapport à la communauté; c'est convention licite tant pour l'une que pour l'autre.

Voyez ci-devant le titre des Propres fictifs, où cela est établi.

(1) La consistance du mobilier de la femme pourrait encore être justifiée par l'aveu du mari, Cass., 30 janv. 1828; [Troplong, n. 1980. V. *sup.*, § 655, notes 8 et s.] (Massé et Vergé.)

IV. Si par le contrat de mariage, les conjoints stipuloient qu'ils ne seroient communs que dans les biens qu'ils acquéreroient pendant leur mariage, tout le mobilier extant lors du mariage leur est propre, puisqu'ils l'excluent expressément de leur communauté ; et c'est ce qui résulte de la formation d'une telle communauté, cette convention étant restrictive. En effet, cette stipulation est telle de sa nature, et opère par ce moyen autant qu'une stipulation expresse de propre de ce mobilier extant ; sauf la restriction qui forme la proposition qui suit.

Je l'ai vu ainsi régler au Châtelet, dans un compte de communauté qui s'y rendoit, ce qui est conforme à un ancien Arrêt du 19 Janvier 1572, il est cité en la première note sur M. Duplessis, traité de la Communauté, pag. 362, M. du Moulin, sur l'art. 27 de la Coutume de Bourgogne, avoit été d'avis contraire ; il ne me paroît pas que cette opinion soit suivie.

V. Mais dans ce cas, c'est au conjoint qui veut faire valoir une telle stipulation restrictive à prouver, quel étoit le montant de son mobilier extant lors de son mariage ; ce n'est que sur cette preuve qu'il peut fonder une reprise.

Telle est sur ce la Jurisprudence du Châtelet.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *n°* 287 *et s.* } 287. Il est très ordinaire dans les contrats de mariage, que chaque conjoint promette d'apporter à la communauté une certaine somme déterminée : c'est ce que nous appelons la *convention d'apports.*

L'effet de cette convention est que le conjoint se rend, par cette convention, débiteur envers la communauté de la somme qu'il a promis d'y apporter ; de manière que, si, lors de la dissolution de la communauté, elle n'est pas entièrement acquittée, il doit faire raison à la communauté de ce qui s'en manque.

301. La première différence que cette convention d'apport met entre la communauté légale et la conventionnelle, est que la communauté légale acquiert, à titre universel, tout le

mobilier de chacun des conjoints : au contraire, par cette convention d'apport, la communauté conventionnelle acquiert, à titre particulier, les effets de chacun des conjoints en paiement de la somme qu'il a promise pour lors, et seulement jusqu'à due concurrence de cette somme. S'il y a plus grande quantité de mobilier, cet excédant n'entre pas dans cette communauté conventionnelle, et est de droit un propre de communauté au conjoint, dont il doit avoir la reprise lors de la dissolution de communauté.

302. Une seconde différence que la convention d'apport d'une certaine somme met entre la communauté légale et la conventionnelle, est que chacun des conjoints ne s'oblige d'apporter en la communauté légale que les effets mobiliers qu'il a, et autant qu'ils sont à lui : c'est pourquoi, si la communauté souffre par la suite éviction de quelqu'un des effets mobiliers que ce conjoint possédait lors du mariage ; ce conjoint n'est tenu de rien pour raison de cette éviction. Au contraire, par la convention d'apport d'une certaine somme ; le conjoint se rendant débiteur de cette somme envers la communauté conventionnelle, si le prix de tous les effets mobiliers que ce conjoint avait lors du mariage, et qu'il a fait entrer en communauté en paiement de cette somme, ne monte pas à cette somme, il demeure débiteur de ce qui s'en manque envers la communauté ; et si la communauté a souffert éviction de quelques effets mobiliers que ce conjoint possédait lors du mariage, et qu'il avait fait entrer en cette communauté en paiement de la somme promise pour son apport, le prix desdits effets, dont la communauté a souffert éviction, ne pourra être imputé, ni venir en paiement de la somme promise par ce conjoint pour son apport ; ce qui est conforme à un principe que nous avons établi en notre *Traité des Obligations*, nos 540, 543, " que le paiement fait d'une chose ne libère le débiteur qu'autant qu'il transfère à celui à qui il est fait, une propriété irrévocable de la chose donnée en paiement, dont il ne soit pas évincé par la suite : *Nec enim videntur data quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt ;*

L. 167, ff. *de Reg. jur.*, et celle-ci : *Quod evincitur, in bonis non est ;* L. 190, ff. *eod. tit.*"

315. La convention d'ameublissement, dont nous avons traité dans l'article précédent, intervient pour donner à la communauté plus d'étendue que n'en a la communauté légale : la convention de réalisation intervient au contraire pour la restreindre.

La *convention de réalisation* est une convention usitée dans les contrats de mariage, par laquelle les parties ou l'une d'elles excluent de la communauté conjugale qu'elles se proposent de contracter, leur mobilier, soit pour le total, soit pour partie.

La convention de réalisation, lorsqu'elle est simple, ne concerne que le cas de la communauté ; mais par les contrats de mariage on y ajoute souvent des extensions qui l'étendent à d'autres cas.

Nous traiterons dans un premier paragraphe, de la simple clause de réalisation ;—et dans un second, des extensions qu'on y apporte par les contrats de mariage.

316. La convention de réalisation est ou *expresse*, ou *tacite*. Elle est *expresse*, lorsque les parties ont stipulé par leur contrat de mariage, que *leur mobilier* ou *le surplus de leurs biens serait propre.*

La clause par laquelle on stipule qu'une somme d'argent sera employée en achat d'héritages, est équivalente à celle par laquelle on stipule qu'elle sera propre ; et elle renferme aussi bien qu'elle une convention de réalisation.

La coutume de Paris en a une disposition en l'art. 93 : " Somme de deniers donnée par père, mère, aïeul ou aïeule, " ou autres ascendants, à leurs enfants, en contemplation de " mariage, pour être employée en achat d'héritage, encore " qu'elle n'ait été employée, est réputée immeuble, à cause " de sa destination."

C'est par forme d'exemple que la coutume de Paris parle d'une somme donnée par père, mère, ou autre ascendant ; il en est de même du cas auquel elle aurait été donnée à l'un

des futurs conjoints par quelqu'un de ses collatéraux, ou par un étranger, pour être employée en achat d'héritages ; et pareillement lorsque l'un des futurs conjoints stipule, à l'égard d'une somme d'argent qui lui appartient, qu'elle sera employée en achat d'héritages. Dans tous ces cas, la clause *que la somme sera employée en achat d'héritages*, équipolle à la stipulation qu'elle sera propre ; et la somme est, à cause de sa destination, réputée immeuble, et exclue en conséquence de la communauté, de même que si on l'avait stipulée propre.

317. La convention de réalisation se fait aussi quelquefois *tacitement*, lorsque l'un des conjoints, ou quelqu'un pour lui, promet apporter à la communauté une certaine somme. La limitation qui est faite de son apport à cette somme renferme une réalisation tacite du surplus de ses biens mobiliers. Par exemple, lorsqu'il est dit par le contrat, que le père de l'un des futurs conjoints lui donne pour sa dot de mariage une somme de 30,000 livres, de laquelle il en entrera à la communauté une somme de 10,000 livres ; quoiqu'on n'ait pas ajouté que le surplus de cette somme lui serait propre, ce surplus est censé tacitement exclu de la communauté, de même que s'il eût été expressément stipulé propre : car dire que de cette somme il en entrera en communauté 10,000 livres, c'est bien dire que le surplus n'y entrera pas : *Qui dicit de uno, negat de altero.*

Par la même raison, lorsque les parties se sont expliquées sur leur communauté en ces termes : *Les futurs conjoints seront communs en tous les biens qu'ils acquerront*, on doit sous entendre une tacite réalisation de tous les biens mobiliers qu'elles ont : car dire que leur communauté sera composée des biens qu'elles acquerront, c'est dire que ceux qu'elles ont déjà n'y entreront pas suivant la susdite règle : *Qui dicit de uno, negat de altero.*

Il n'en est pas de même de cette clause : *Les futurs conjoints seront communs en biens meubles et immeubles qu'ils acquerront.* Elle ne renferme point de réalisation ; elle n'exclut point de la communauté les biens meubles que les conjoints ont lors

de leur mariage : car étant susceptible de deux sens, l'un qui rapporterait ces termes, *qu'ils acquerront*, à toute la phrase, tant aux meubles qu'aux immeubles ; l'autre qui ne rapporte ces termes, *qu'ils acquerront*, qu'à ceux-ci, *aux immeubles*, qui précèdent immédiatement ; on doit préférer ce second sens, comme plus conforme au droit commun des communautés, qui y fait entrer le mobilier ; la présomption étant que les parties dans leur convention ont suivi le droit commun et le plus usité, lorsque le contraire ne paraît pas.

318. La convention de réalisation peut se faire non-seulement à l'égard du mobilier que les parties ont lorsqu'elles se marient, mais pareillement à l'égard de celui qui leur advient depuis, durant le mariage, soit à titre de succession, soit à quelque autre titre, comme de donation ou de legs. C'est ce qu'on a coutume d'exprimer par ces termes : *Tout ce qui adviendra aux futurs conjoints, durant le mariage, de succession, donation ou legs, leur sera propre.*

319. Les conventions de réalisation étant de droit étroit, ne s'étendent pas d'une chose à une autre : c'est pourquoi lorsque les futurs conjoints, après avoir apporté chacun une certaine somme à la communauté, ont stipulé que le surplus de leurs biens serait propre, cette clause ne comprend que les biens mobiliers qu'ils avaient alors ; elle ne s'étend pas à ceux qui leur adviennent depuis, durant le mariage, soit à titre de succession, soit à quelque autre titre.

320. Mais si la somme d'argent ou autre chose mobilière qui est advenue à l'un des conjoints durant le mariage, lui est advenue en vertu d'un titre qu'il avait déjà lors de son mariage ; quoiqu'il n'ait été ouvert et ne lui ait acquis la chose que depuis le mariage, elle sera comprise dans la clause de réalisation des biens mobiliers qu'il avait lors de son mariage.

Par exemple, si le conjoint qui, par son contrat de mariage, a stipulé propre le surplus de ses biens, avait une créance conditionnelle d'une somme de cent pistoles ; quoique la condition n'ait été accomplie et que la somme n'ait été payée

que depuis le mariage, cette créance est censée comprise dans la stipulation de propre, et le conjoint a la reprise de la somme payée durant la communauté.

323. On ajoute quelquefois dans ces clauses, *ou autrement*. Ces termes, *ou autrement*, sont des termes généraux qui comprennent tous les titres lucratifs par lesquels des biens peuvent advenir durant le mariage : c'est pourquoi il n'est pas douteux que s'il est dit " que ce qui adviendra aux futurs conjoints durant le mariage, *par succession ou autrement, sera propre*," la clause comprend tout ce qui leur sera donné ou légué, *et vice versâ.*

Lorsque les conjoints ont stipulé propre ce qui leur adviendrait durant le mariage, *par succession, don, legs, ou autrement*, ces termes *ou autrement*, comprennent les bonnes fortunes qui pourraient arriver à l'un ou à l'autre des conjoints durant la communauté. Par exemple, si l'un des conjoints, durant la communauté, a trouvé une épave ou un trésor, le tiers qui lui appartient, *jure inventionis*, dans l'épave ou dans le trésor, lui sera propre, et sera exclu de la communauté par ces termes *ou autrement.*

Lorsque l'un des conjoints, durant la communauté, a eu un lot à une loterie ; si la somme payée pour acquérir le billet de loterie a été payée des deniers de la communauté, le lot doit appartenir à la communauté. Le lot est une acquisition que la communauté a faite ; il est le prix du risque que la communauté a couru de perdre la somme payée pour le billet de loterie. Mais si le billet de loterie n'a pas été payé des deniers de la communauté, mais des deniers d'un tiers qui les a donnés au conjoint, le lot sera propre au conjoint, comme une acquisition de bonne fortune, exclue de la communauté par cette clause.

Il y en a qui pensent que par ces termes *ou autrement*, ce qui advenait à l'un des conjoints par droit de déshérence ou de confiscation, durant la communauté, en était exclu. Je ne le crois pas ; car les choses qui lui adviennent à ce titre, sont fruits de son droit de justice, comme nous l'avons vu *suprà*,

nº 231. Or la convention de réalisation, quelque étendus qu'en soient les termes, ne s'étend pas aux fruits des biens propres des conjoints, qui se perçoivent ou naissent durant la communauté.

324. Enfin, par ces termes, *donation*, *legs*, *ou autrement*, on ne doit entendre que les titres lucratifs. Pour cette raison il a été jugé par un arrêt du 12 mars 1738, rapporté par Denisart, qu'un héritage acquis à rente viagère par l'un des conjoints durant la communauté, appartient à la communauté, nonobstant la clause du contrat de mariage ; parce que la rente viagère étant assez forte pour pouvoir être considérée comme le véritable prix de l'héritage, l'acquisition de cet héritage n'est pas faite à titre de donation, quoiqu'on eût donné à l'acte le nom de donation. (Denisart, vº *Conquêts*, nº 20.)

325. L'effet de la clause de réalisation est, que les biens mobiliers des conjoints, qui sont réalisés par cette clause, sont réputés immeubles et propres conventionnels à l'effet d'être exclus de la communauté, et d'être conservés au conjoint seul qui les a réalisés.

Il y a néanmoins une grande différence entre les véritables immeubles qui sont propres réels de communauté, et ces propres conventionnels. La communauté a seulement la jouissance des immeubles réels qui sont propres de communauté ; mais ils ne se confondent pas avec les biens de la communauté : le conjoint à qui ils appartiennent, continue, durant le mariage, d'en être seul propriétaire comme il l'était avant le mariage ; et en conséquence le mari ne peut aliéner les propres réels de communauté de sa femme sans son consentement. Au contraire, les mobiliers réalisés, ou propres conventionnels, se confondent dans la communauté avec les autres biens mobiliers de la communauté, qui est seulement chargée d'en restituer, après sa dissolution, la valeur à celui des conjoints qui les a réalisés. En conséquence le mari, comme chef de la communauté, peut aliéner les meubles que la femme a réalisés. La réalisation de ces

meubles et leur exclusion de communauté ne consistent que dans une créance de reprise de leur valeur, que le conjoint qui les a réalisés a droit d'exercer, après la dissolution de la communauté, contre la communauté, dans laquelle ces meubles réalisés se sont confondus; et c'est à cette créance de reprise que la qualité de propre conventionnel est attachée. Le conjoint n'est pas un créancier *in specie* des meubles réalisés; il ne l'est que de leur valeur; et s'il s'en trouvait quelques-uns en nature lors de la dissolution de la communauté, il y aurait seulement un privilége pour la créance de reprise, en les faisant reconnaître.

La raison de cette différence entre les immeubles réels propres de communauté, et les meubles réalisés, est que la communauté doit avoir la jouissance de tous les propres de chacun des conjoints, *ad sustinenda onera matrimonii.* Elle peut avoir la jouissance de leurs immeubles propres réels, sans que cette jouissance en consomme le fonds. Il n'est donc pas nécessaire, pour qu'elle ait cette jouissance, qu'elle ait le droit d'aliéner le fonds: au contraire, les meubles réalisés étant des choses qui se consomment par l'usage même qu'on en fait, *quæ usu consumuntur*, ou du moins qui s'altèrent et deviennent de nulle valeur par un long usage; pour que la communauté en puisse avoir la jouissance, et pour conserver en même temps au conjoint qui les a réalisés, quelque chose qui lui tienne lieu du droit de propriété qu'il a entendu se réserver par la convention de réalisation, il a été nécessaire d'abandonner à la communauté ces meubles réalisés, et de laisser au mari, chef de cette communauté, le droit de les aliéner et d'en disposer; sans quoi la communauté n'en pourrait pas avoir la jouissance. Il a fallu aussi, pour conserver au conjoint son droit de propriété sur les meubles qu'il a réalisés, lui donner une créance de reprise de la valeur des effets réalisés, qu'il aura droit d'exercer contre la communauté lors de sa dissolution. Ceci est conforme aux principes du droit sur le quasi-usufruit, Instit. *tit. de usufr.*, § 3, et *tit.* ff. *de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur.*

[ARTICLE 1385.]

326. La convention de réalisation, lorsqu'elle est simple, n'a d'effet que pour le cas de la communauté. La créance pour la reprise de la somme à laquelle monte la valeur des effets réalisés, que l'enfant héritier du prédécédé qui a fait la réalisation, a contre la communauté et contre le conjoint survivant, pour la part qu'a le survivant dans la communauté, n'est regardée comme un propre conventionnel que pour le cas de la communauté ; mais, dans la succession de cet enfant, cette créance de reprise qu'a cet enfant n'est regardée que comme une créance mobilière, à laquelle le survivant, en sa qualité d'héritier au mobilier de ses enfants, lui succède, et en fait confusion et extinction en y succédant.

La convention de réalisation est *simple*, lorsqu'on a dit simplement " que le mobilier du conjoint *serait propre*," ou bien " *qu'il serait propre au futur conjoint.*"

327. Pareillement, lorsqu'il a été dit simplement " qu'une somme d'argent donnée à l'un des conjoints (ou qui lui appartient), serait *employée en achat d'héritages* ; " l'emploi n'ayant pas été fait, la convention de réalisation de cette somme, qui résulte de cette destination en achat d'héritages, n'est qu'une simple clause de réalisation, qui n'a d'effet que pour le cas de la communauté, et qui n'empêche pas que, dans la succession de l'enfant créancier de la reprise de cette somme, elle ne doive être regardée comme une simple créance mobilière, à laquelle le survivant, comme héritier au mobilier de ses enfants, a droit de succéder. Cela a souffert néanmoins quelque difficulté à l'égard de la somme d'argent apportée en mariage par la femme, avec la clause *qu'elle serait employée en achat d'héritages*, lorsqu'elle était morte avant que l'emploi eût été fait, laissant pour héritier un enfant, lequel était mort ensuite. On a douté si, dans la succession de cet enfant, le mari survivant, père de cet enfant, pouvait succéder à la créance de reprise de cette somme. On disait en faveur des héritiers aux propres maternels, que, si le mari survivant avait fait l'emploi de la somme en héritages, ces héritages auraient été des propres maternels en la personne de l'enfant

héritier de sa mère, auxquels propres il n'aurait pu succéder à cet enfant ; que c'était, de la part du mari, une fraude de n'avoir pas rempli la destination portée par le contrat de mariage, pour se procurer la succession de la reprise de cette somme lors de la mort de ses enfants ; qu'il ne devait pas profiter de cette fraude, et que l'emploi en héritages, qui devait être fait de cette somme, devait, vis-à-vis de lui, être réputé fait, suivant cette règle de droit : *In omnibus causis pro facto accipitur id in quo per aliquem mora sit quominùs fiat ;* L. 9, ff. *de Reg. jur.* ; et qu'en conséquence, dans la succession de l'enfant, le père devrait être exclu de succéder à la reprise de cette somme, de même qu'il eût été exclu de succéder aux héritages, si l'emploi eût été fait.

Par ces raisons, quelques anciens arrêts cités par Renusson, en son *Traité des Propres*, ch. 6, sect. 7, nos 10, et suiv. avaient jugé contre le mari ; mais cet auteur nous apprend que la jurisprudence a depuis changé, et que les arrêts postérieurs ont jugé que, lorsqu'une femme a apporté en mariage une certaine somme, pour être employée en achat d'héritages, cette destination d'emploi n'imposait pas au mari une obligation précise de le faire ; et qu'en conséquence, faute de l'avoir fait, il ne devait pas être exclu de succéder à ses enfants à la reprise de cette somme, qu'ils ont droit d'exercer comme héritiers de leur mère.

Il en serait autrement si le mari s'était obligé formellement envers la famille de sa femme à faire l'emploi. L'inexécution de son obligation le rend débiteur des dommages et intérêts de cette famille ; et il doit, pour lesdits dommages et intérêts, céder à cette famille la succession de la reprise de la somme, à la place des héritages auxquels cette famille eût succédé, s'il avait fait l'emploi.

323. La simple convention de réalisation du mobilier des conjoints n'a d'effet, comme nous l'avons dit, que pour le cas de la communauté ; mais on a introduit dans les contrats de mariage, des additions qu'on fait à la convention de réalisation, qui l'étendent au cas de la succession des enfants.

[ARTICLE 1385.]

La première espèce d'addition qu'on fait à la convention de réalisation, est, lorsqu'après qu'il a été dit que le mobilier du futur conjoint lui serait propre, et pareillement, après qu'il a été dit qu'une certaine somme d'argent, faisant partie de la dot de l'un des conjoints, serait employée en achat d'héritages qui lui seraient propres, on ajoute ces termes, *et aux siens*.

L'effet de cette addition, *et aux siens*, est d'étendre la convention de réalisation ou stipulation de propres, au cas de la succession des enfants ; de manière que, lorsque l'un des conjoints, *putà*, la femme, dont le mobilier a été stipulé propre à elle *et aux siens*, meurt laissant pour ses héritiers ses enfants ; si quelqu'un desdits enfants vient à mourir, la créance de la reprise de la somme réalisée pour la portion à laquelle ils ont succédé à leur mère, est, dans leur succession, réputée immeuble et propre maternel, auquel les autres enfants succèdent, à l'exclusion du mari survivant, héritier au mobilier de ses enfants.

Observez que ces stipulations étant de droit étroit, le terme *siens* ne comprend que les enfants du conjoint dont le mobilier a été stipulé propre à lui *et aux siens*. Ce n'est qu'en faveur desdits enfants que la créance de reprise de la somme réalisée est réputée propre de succession. C'est pourquoi, si tous les enfants du conjoint dont le mobilier a été stipulé propre à lui et aux siens, meurent successivement, la créance de la reprise de la somme réalisée qui a été réputée immeuble, et propre dans la succession des enfants, tant qu'il est resté quelque enfant pour la recueillir, ne sera plus, dans la succession du dernier mourant des enfants, considérée que comme une créance mobilière, telle qu'elle l'est dans la vérité, à laquelle succédera le conjoint survivant, en sa qualité d'héritier au mobilier de ses enfants; car la réalisation n'ayant été faite qu'au profit des *siens*, c'est-à-dire, des enfants, il ne reste plus, lors de la succession du dernier mourant des enfants, aucun de ceux en faveur de qui la réalisation a été faite ; et par conséquent son effet doit cesser.

[ARTICLE 1385.]

Il en est de même des termes *hoirs*, employés dans les conventions de réalisation : ces termes ne comprennent que les hoirs ou héritiers de la ligne directe, c'est-à-dire, les enfants. C'est pourquoi lorsque le mobilier de l'un des conjoints a été stipulé propre à lui et à *ses hoirs*, la réalisation pour le cas de la succession, n'est censée faite qu'en faveur des enfants de ce conjoint, et est entièrement semblable à la stipulation par laquelle son mobilier aurait été stipulé propre à lui et aux siens.

Au reste, dans ces stipulations, ces termes, *siens*, *hoirs*, comprennent non-seulement les enfants du premier degré, mais aussi les petits-enfants, et toute la postérité du conjoint qui a fait la stipulaiion.

Ils comprennent non-seulement les enfants qui naîtront du mariage, mais ceux que le conjoint qui a fait la stipulation, a de ses précédents mariages.

329. La seconde addition qui se fait par les contrats de mariage, aux conventions de réalisation, est celle qui se fait par ces termes, *et à ceux de son côté et ligne*, lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, " que le mobilier du futur conjoint sera propre à lui, aux siens, et *à ceux de son côté et ligne*."

Ces termes, *de son côté et ligne*, comprennent tous les parents, même collatéraux du conjoint qui a fait la stipulation, et étendent à leur profit la fiction de la réalisation dans la succession du dernier mourant des enfants.

C'est pourquoi, si le mobilier de l'un des conjoints, *putà*, de la femme, a été stipulé propre à elle, aux siens et à ceux de son côté et ligne, et qu'elle soit morte en laissant pour ses héritiers ses enfants, lesquels sont tous morts aussi successivement, la créance de reprise de la somme réalisée sera, dans la succession du dernier mourant des enfants, réputée immeuble et propre maternel, auquel succéderont les héritiers maternels dudit enfant, à l'exclusion du conjoint survivant, père et héritier au mobilier dudit enfant.

Il s'est élevé une question sur l'effet de ces deux additions faites à des stipulations de propres, qui a été jugée par Arrêt

du 17 avril 1703, rendu en forme de règlement, rapporté par Augeard, t. 1, (221e arrêt).

Dans l'espèce sur laquelle a été rendu l'arrêt, le nommé Conthié, par son contrat de mariage avec Susanne Barré, sa troisième femme, avait apporté 2,000 livres en communauté, et stipulé propre le surplus de son mobilier à lui, aux siens, et à ceux de son côté et ligne. Il mourut le premier, laissant pour héritiers huit enfants de ses différents mariages. Deux des enfants du troisième mariage étant morts depuis, leur mère prétendit, en sa qualité de leur héritière au mobilier, devoir leur succéder aux portions qu'ils avaient dans la reprise de propres préférablement à leurs frères et sœurs, leurs héritiers aux propres paternels. Elle soutenait que ces stipulations de propres aux siens et à ceux de son côté et ligne, n'étaient valables, à l'effet de faire de la créance de la reprise de la somme réalisée, un propre conventionnel en matière de succession, que lorsque la dot de l'un des conjoints, à laquelle on apposait ces stipulations, lui était donnée par ses père et mère ; étant permis, en ce cas, aux donateurs d'apposer à leur donation telle loi que bon leur semblait ; mais que, lorsque le conjoint se mariait *de suo*, il ne pouvait pas changer lui-même la nature de son bien, et faire d'un effet mobilier, un propre de son côté dans la succession de ses enfants. La Cour n'eut aucun égard à cette distinction, et l'arrêt adjugea aux frères, comme héritiers paternels, les parts que les enfants décédés avaient dans la reprise de propre, comme étant un propre paternel, dont la mère était exclue par la stipulation.

330. Ces deux espèces d'additions qu'on fait à la convention de réalisation, donnent à la créance de reprise de la somme réalisée, la qualité d'immeuble et de propre pour le cas de la succession, à l'effet que le conjoint survivant n'y puisse succéder en sa qualité d'héritier au mobilier de ses enfants ; mais elles ne donnent pas à cette créance la qualité de propre de disposition. C'est pourquoi, lorsque ces enfants sont en âge de tester de leur mobilier, cette créance de reprise qu'ont

lesdits enfants, est comprise, comme bien meuble, dans le legs de leurs meubles et acquêts qu'ils auraient fait au survivant.

Pour obvier à cela, il y a une troisième addition qui se fait quelquefois par les contrats de mariage, à la convention de réalisation : la partie qui stipule que son mobilier lui *sera propre et aux siens*, ou bien qu'*il lui sera propre*, *aux siens et à ceux de son côté et ligne*, ajoute ces termes : *même quant à la disposition*, ou bien ceux-ci : *quant à tous effets.*

L'effet de l'addition de ces termes est d'étendre la convention de réalisation même au cas de la disposition ; de manière que les enfants héritiers du conjoint prédécédé, qui a réalisé ainsi son mobilier, ne puissent, soit par donation entre-vifs, soit par testament, pas plus disposer au profit du survivant de la créance de reprise de la somme réalisée, qu'ils ne le pourraient d'un propre réel.

331. Chacun des futurs conjoints peut comprendre dans ces stipulations de propre à lui, aux siens, et à ceux de son côté et ligne, non-seulement le mobilier qu'il a lorsqu'il se marie, mais celui qui lui adviendra. C'est ce qu'on a coutume d'exprimer par ces termes : *Le surplus de ses biens*, *ensemble ce qui lui adviendra durant le mariage par succession*, *don ou legs*, *lui sera propre*, *aux siens et à ceux de son côté et ligne.*

Pourrait-on encore ajouter à cette clause, celle-ci : *Sera pareillement propre aux siens et à ceux de son côté et ligne*, *tout ce qui*, *après sa mort*, *adviendra directement aux enfants à naître du mariage*, *par des successions de sa famille?* Je crois que cette clause est valable. Par cette clause l'autre conjoint renonce au droit de succéder à ses enfants, aux biens mobiliers qu'ils auraient eus des successions des parents de la famille de celui qui a fait la stipulation. Nous avons vu dans l'*Introduction*, que la faveur des contrats de mariage y a fait admettre les renonciations à des successions futures. Si l'on peut renoncer entièrement à une succession future, on peut y renoncer pareillement quant à certains biens desdites successions.

332. Sur l'effet de ces additions qu'on fait aux conventions de réalisation, il y a trois principes à observer.

Premier principe.—Ces additions sont de droit étroit : elles doivent en conséquence s'interpréter selon le sens rigoureux et grammatical des termes dans lesquels elles sont conçues, duquel il n'est pas permis de s'écarter sur des conjectures de l'intention des parties. On peut apporter pour premier exemple de ce principe, le cas auquel un père, en dotant seul et entièrement *de suo* sa fille, se serait, par le contrat de mariage de sa fille, exprimé en ces termes : " Le père de la " future, en faveur de mariage, a donné à sa fille la somme " *de tant* en argent, que le futur époux a confessé avoir reçue, " de laquelle somme il en entrera *tant* en la communauté, et " le surplus sera propre à la future, aux siens *et à ceux de* " *son côté et ligne.*" Quoiqu'il soit très probable que l'intention du donateur a été de conserver à sa propre famille, plutôt qu'à celle de sa femme, qui lui est étrangère, ce qu'il a eu soin de réserver propre, néanmoins on ne doit pas, sur cette conjecture de sa volonté, s'écarter du sens rigoureux et grammatical des termes. Or, dans cette clause, *sera propre à la future, aux siens et à ceux de son côté et ligne*, ces termes : *et à ceux de son côté et ligne*, selon leur sens grammatical, se réfèrent à la future, et non au donateur, et signifient *ceux du côté et ligne de la future*, et non pas seulement ceux du côté et ligne du donateur. C'est pourquoi la créance de la reprise de la femme, ainsi réalisée, ne doit, dans la succession des enfants qui ont succédé à leur mère, être regardée que comme un propre conventionnel, qui ne remonte pas plus haut qu'à leur mère ; et il suffit, pour leur succéder à ce propre, d'être parent desdits enfants du côté de leur mère, sans qu'il soit besoin de l'être aussi du côté de celui qui a fait la donation. C'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts, et notamment par un arrêt en forme de règlement, du 16 mars 1733, rapporté par l'auteur du *Traité des Contrats de mariage* (Sérieux), t. 2, p. 421. Dans l'espèce de cet arrêt, le sieur Dumoulin et sa femme, en mariant leur fille à M. de

Fieubet, avaient stipulé, à l'égard d'une certaine partie de la dot, qu'elle serait propre à la future, aux siens et à ceux de son côté et ligne. Madame de Fieubet étant morte, et ayant laissé pour héritier un fils mineur, qui mourut aussi quelque temps après; dans la succession de ce mineur, la créance pour la reprise de la partie de la dot stipulée propre, que le mineur, comme héritier de sa mère. avait contre son père, fut disputée entre la veuve Dumoulin, aïeule du mineur, et les parents collatéraux de la famille Dumoulin. Ceux-ci prétendaient succéder pour moitié à cette reprise, en soutenant que les sieur et dame Dumoulin ayant doté chacun pour moitié, la reprise de cette dot était, pour moitié, propre conventionnel de la famille Dumoulin. L'arrêt jugea que le propre conventionnel ne devait pas monter plus haut qu'à la personne de madame de Fieubet, et adjugea en conséquence à la veuve Dumoulin cette créance pour le total.

Pour conserver à la famille du donateur la somme réservée propre par le donateur, il aurait fallu concevoir la clause autrement, et dire, *sera propre à la future*, *aux siens*, *et à ceux du côté et ligne du donateur.*

On peut apporter pour un second exemple de notre principe, celui de la clause par laquelle il est dit " que, s'il est aliéné durant le mariage quelque propre de l'un des conjoints, la créance pour le remploi du prix lui sera *propre*, *aux siens et à ceux de son côté et ligne.*" Quoiqu'il y eût quelque sujet de présumer que le conjoint qui a fait la stipulation, a eu intention de conserver le prix de ses propres qui seraient aliénés, aux familles d'où ils procédaient, néanmoins, dans l'espèce de cette clause, ces termes, *et à ceux de son côté et ligne*, pris dans leur sens propre et grammatical, comprennent dans leur généralité indistinctement tous les parents de ce conjoint qui a fait la stipulation, sans remonter plus haut. La créance pour le remploi du prix des propres, sera donc un propre conventionnel, qui ne remontera pas plus haut qu'à la personne du conjoint qui a fait la stipulation; et il ne sera pas nécessaire, pour y succéder, d'être de la ligne d'où procé-

dait le propre aliéné. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 16 mai 1735, rapporté par Sérieux, *ibid.*, *Dissertation sur l'effet des stipulations des propres*, p. 34. Il aurait fallu, pour le conserver à cette ligne, dire expressément " que la créance pour le remploi du prix serait propre *à ceux de la ligne d'où procédaient les propres aliénés;*" ou bien " *qu'elle serait propre de même nature que les propres qui seraient aliénés.*"

333. *Second principe.*—Les additions qui se font aux conventions de réalisation, ne s'étendent ni d'une personne à une autre, ni d'une chose à une autre, ni d'un cas à un autre.

Ce principe est une suite du précédent.

1° Ces additions ne s'étendent pas d'une personne à une autre: c'est pourquoi, lorsqu'un conjoint a stipulé que son mobilier lui serait propre *et aux siens,* ce qu'il a stipulé pour *les siens*, c'est-à-dire, pour ses enfants, ne doit pas s'étendre à ses collatéraux ; et en conséquence la créance de reprise ne doit pas, dans la succession du dernier mourant des enfants, être considérée comme un propre conventionnel de la ligne de celui qui a fait la stipulation, comme nous l'avons dit *suprà*, n° 328.

334. Lorsqu'un conjoint a stipulé que son mobilier serait propre à lui et à ceux de son côté et ligne, sans dire *aux siens*, et sans se servir d'aucun autre terme qui désigne ses enfants, peut-on, suivant le principe que les stipulations ne s'étendent pas d'une personne à une autre, dire que, dans cette espèce, la créance de reprise de la somme réalisée ne doit pas être réputée propre conventionnel en faveur des enfants du conjoint qui a fait la stipulation? Je pense que les enfants de celui qui a fait la stipulation, sont, dans cette espèce, compris dans la convention de la réalisation, quoiqu'ils n'y soient pas désignés par des termes qui leur soient particuliers, tels que ceux-ci, *et aux siens*, qu'on a coutume d'employer : ils sont, avec les collatéraux, compris sous ces termes, *et à ceux de son côté et ligne ;* car personne n'est plus proche de la ligne de celui qui a fait la stipulation, que ses enfants. Il est d'autant plus nécessaire de regarder les enfants comme compris dans

cette convention de réalisation, qu'il ne tombe pas sous le sens que le conjoint ait voulu conserver ses biens mobiliers à ses collatéraux, et qu'il n'ait pas voulu pareillement les conserver à ses enfants, qui doivent lui être beaucoup plus chers que ses collatéraux.

Notre décision souffrirait encore moins de difficulté, si le conjoint s'était servi du terme, *même; putà,* s'il était dit, *lui sera propre, et* MÊME *à ceux de son côté et ligne.*

335. 2° Les additions faites à la convention de réalisation ne s'étendent pas d'une chose à une autre : c'est pourquoi, lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, à l'égard de l'un des futurs conjoints, " que le surplus de ses biens sera propre à lui, aux siens et à ceux de son côté et ligne," et qu'il est dit ensuite " que ce qui lui adviendra par succession, don ou legs, lui sera propre " ; l'addition qui est faite à la convention de réalisation pour le surplus des biens mobiliers que le conjoint avait en se mariant, ne s'étend pas à ce qu'il a stipulé pour le mobilier qui lui adviendrait par succession, lequel ne sera qu'un simple propre de communauté.

Par la même raison, cette addition, *aux siens et à ceux de son côté et ligne,* à la stipulation de propre que l'un des conjoints a faite du surplus de ses biens, se borne à faire, de la reprise de la valeur du surplus du mobilier qu'il avait en se mariant, un propre conventionnel dans la succession de ses enfants ; mais elle ne s'étend pas au remploi du prix de ses immeubles qui auraient été aliénés durant le mariage. La créance de ce remploi, dans la succession des enfants de ce conjoint, ne passera que pour une simple créance mobilière, à laquelle succédera le conjoint survivant, comme héritier au mobilier de ses enfants : car le conjoint, en stipulant propre aux siens et à ceux de son côté et ligne le surplus de ses biens, est censé n'avoir entendu parler que de ceux qu'il avait en se mariant, et non des créances pour le remploi du prix de ses propres qui seraient aliénés durant le mariage, lesquelles étaient des choses qui n'existaient pas encore, et

qui n'ont commencé d'exister que durant le mariage, lorsque les propres ont été aliénés.

Il y a néanmoins un cas auquel la stipulation que fait l'un des conjoints, " que le surplus de ses biens lui sera propre, à lui, aux siens et à ceux de son côté et ligne," doit être censée comprendre la créance pour le remploi du prix de ses propres qui seront aliénés durant le mariage; c'est le cas auquel le surplus des biens que le conjoint a, de cette manière, stipulé propre, ne consistait qu'en immeubles.

Par exemple, si les père et mère de la fille, en la mariant, lui ont donné en mariage 30,000 livres ; savoir : 6,000 livres en effets mobiliers, que le futur époux a reconnu avoir reçus, et 24,000 livres en *tels* et *tels* immeubles ; et qu'il soit dit ensuite " que la communauté sera, de la part de la future, composée de 10,000 livres, à prendre d'abord sur son mobilier, et ensuite sur ses immeubles, et que le *surplus de ses biens* sera propre à elle, aux siens et à ceux de son côté et ligne " ; dans cette espèce, le surplus des biens que la future se réserve propre et à ceux de son côté et ligne, ne consiste que dans des immeubles ; car tout son mobilier est entré dans son apport à la communauté. La future, en stipulant que ses immeubles lui seront propres, aux siens et à ceux de son côté et ligne, n'a pu considérer le cas auquel elle conserverait ces immeubles en nature jusqu'à la dissolution ; car la stipulation de propre ne peut avoir aucun effet dans ce cas, ces immeubles ne pouvant pas recevoir de la stipulation de propre, une qualité de propres qu'ils ont de leur propre nature. Il est donc nécessaire, pour donner quelque effet à cette stipulation, de supposer que le conjoint, en stipulant ses immeubles propres à lui, aux siens et à ceux de son côté et ligne, a fait cette stipulation pour le cas auquel ils seraient aliénés durant le mariage, et que c'est la créance pour le remploi du prix pour lequel ils seraient vendus, que les parties ont eue en vue dans cette stipulation de propre. Cela est conforme à cette règle d'interprétation, que les conventions doivent plutôt être entendues dans un sens selon lequel elles

ont quelque effet, que dans un sens selon lequel elles n'en pourraient avoir aucun. *Traité des Obligations*, nº 92.

Hors ce cas, la stipulation de propre à ceux de son côté et ligne, que le futur conjoint fait du surplus de ses biens, ne s'applique pas à la créance pour le remploi du prix de ses propres : il faut, pour faire de cette créance un propre conventionnel dans la succession des enfants, ou stipuler expressément que cette créance sera propre aux siens, ou qu'elle sera propre aux siens et à ceux de son côté et ligne ; ou appliquer, par quelques termes de relation, la stipulation de propre pour la créance du remploi du prix des propres aliénés, à celle que le conjoint a précédemment faite pour le surplus de ses biens ; comme lorsqu'après la clause par laquelle il est dit " que le surplus des biens du conjoint lui sera propre, aux siens et à ceux de son côté et ligne ", il est ajouté de suite, " que la créance pour le remploi du prix de ses propres qui seraient aliénés durant le mariage, *sera propre de la même manière*, ou bien, *sera pareillement propre:* ces termes, *de la même manière*, et ce terme, *pareillement*, sont des termes de relation à la clause précédente, lesquels, dans la succession des enfants du conjoint qui a fait ces stipulations, font de la créance pour le remploi du prix des propres aliénés, un propre conventionnel semblable à celui qui résulte de la clause précédente, pour la reprise de la valeur du surplus des biens mobiliers que le conjoint avait lorsqu'il s'est marié.

On peut de même appliquer, par des termes de relation, la stipulation que le conjoint a faite, " que le surplus de ses biens sera propre aux siens et à ceux de son côté et ligne ", à celle qu'il fait pour ce qui lui adviendra par succession ou donation, en ajoutant de suite : *Ce qui adviendra au conjoint par succession ou donation, lui sera propre* DE LA MÊME MANIÈRE, ou bien, *lui sera* PAREILLEMENT *propre.*

Néanmoins, pour éviter toutes contestations, au lieu de ces termes de relation, il est plus sûr de répéter expressément, soit à l'égard de la créance pour le remploi du prix des propres aliénés, soit à l'égard de ce qui pourrait advenir par

succession, que ces créances seront propres aux siens et à ceux de son côté et ligne.

336. 3° Les additions qu'on fait à la convention de réalisation, ne s'étendent pas d'un cas à un autre : par exemple, comme nous l'avons déjà dit *suprà*, n° 330, ce qui est stipulé pour le cas de succession des enfants, ne s'étend pas au cas de la faculté de disposer.

337. *Troisième principe.*—Les conventions de réalisation, et toutes les additions qu'on y fait, ne peuvent avoir aucun effet qu'entre ceux qui étaient parties à la convention, leurs héritiers ou autres successeurs. C'est pourquoi les propres conventionnels qui sont formés par les conventions, ne peuvent être réputés tels qu'entre les familles contractantes, et non envers des tiers qui n'y ont pas été parties.

Ce principe est tiré de cette règle générale du droit : *Animadvertendum ne conventio in aliâ re factâ aut cum aliâ personâ, in aliâ re aliâve personâ noceat* ; L. 27, § 4, ff. *de Pactis.* *V.* ce que nous avons dit en notre *Traité des Obligations*, nos 85 et 87, et suiv.

On peut faire l'application de ce principe à l'espèce suivante. Titius, premier du nom, a épousé Sempronia, laquelle, par contrat de mariage, a stipulé qu'une certaine somme lui sera propre, aux siens et à ceux de son côté et ligne. Elle a laissé pour son héritier son fils Titius, second du nom, lequel a épousé Cornelia, et qui est mort ensuite, laissant pour son héritier Titius, troisième du nom, qui est mort aussi. Dans la succession de ce Titius, troisième du nom, Cornelia sa mère, comme son héritière au mobilier, lui succédera à la créance qu'il avait contre son aïeul Titius, premier du nom, pour la reprise de la somme stipulée propre par Sempronia, sans que les parents de la famille de Sempronia puissent lui opposer que cette somme ayant été stipulée par Sempronia, propre à elle, aux siens et à ceux de son côté et ligne, la créance pour la reprise de cette somme est un propre conventionnel affecté à la famille de Sempronia : car la convention n'étant intervenue qu'entre Titius et Sempronia, la créance

pour la reprise de cette somme ne peut être réputée un propre conventionnel de la famille de Sempronia, que vis-à-vis de Titius avec qui la stipulation a été faite, et ceux qui le représenteraient. Elle ne doit pas, suivant notre principe, être réputée un propre conventionnel vis-à-vis de Cornelia, qui n'a pas été partie à cette convention.

L'auteur du *Traité des Contrats de mariage* (Sérieux, *Dissertation sur l'effet des stipulations des propres*, p. 34), rapporte un arrêt du 20 janvier 1738. Dans l'espèce de cet arrêt, le sieur Dumoulin, par son contrat de mariage avec Antoinette de La Collonge, avait stipulé qu'une somme de 9,000 livres qui faisait partie de son mobilier, lui serait propre, aux siens et à ceux de son côté et ligne. Gaspard de Fieubet, par le prédécès de sa mère, avait recueilli la succession du sieur Dumoulin, son aïeul maternel, dans laquelle s'était trouvé ce propre conventionnel de 9,000 livres. Ledit Gaspard de Fieubet étant depuis décédé en minorité, ses héritiers aux propres de la famille de Dumoulin prétendirent avoir droit de lui succéder à cette somme de 9,000 livres stipulée propre par le contrat de mariage du sieur Dumoulin, que le mineur de Fieubet avait recueillie dans la succession dudit sieur Dumoulin. Ils se fondaient sur ce que la convention de propre, portée au contrat de mariage du sieur Dumoulin, avait fait de cette somme de 9,000 livres, un propre conventionnel affecté à la famille Dumoulin. M. de Fieubet, père du mineur défunt, et son héritier au mobilier, leur répondait fort bien : Cette convention de propre a bien pu faire de cette somme de 9,000 livres, un propre conventionnel vis-à-vis d'Antoinette de La Collonge, avec qui la convention a été faite ; mais elle n'en a pu faire un vis-à-vis de moi, qui n'ai pas été partie à cette convention. L'arrêt a débouté les parents de la famille Dumoulin de leur demande, et a adjugé cette somme de 9,000 livres à M. de Fieubet, comme faisant partie de la succession mobilière du mineur.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1500 *C. N.* } 337. La convention dont il est ici question est ce que l'on appelle clause de réalisation.

Elle a pour but de restreindre l'étendue de la communauté qui, sans elle, comprendrait les objets réalisés ; et son effet est de faire un propre fictif de communauté.

Cette clause peut s'insérer dans le contrat de mariage tant au profit de la femme qu'à celui du mari. Elle est réciproquement permise aux deux conjoints, mais elle ne produit pas exactement les mêmes effets à l'égard de l'un et de l'autre. La femme a une action sur les biens personnels de son mari pour la reprise de ses meubles réalisés. Le mari n'en a point sur ceux de la femme. Il ne peut exercer cette reprise que sur la communauté, même lorsque la femme accepte.

Cette clause pouvait autrefois être faite de trois manières.

Tantôt on la faisait pure et simple, et alors la fiction n'avait d'effet que pour la communauté seulement. Elle se bornait à empêcher que les meubles réalisés n'y tombassent.

Tantôt on allait plus loin. On disait que les meubles réalisés seraient propres au futur et *aux siens.* Dans ce cas, le conjoint contre lequel la clause était faite ne succédait point à ses enfans aux meubles réalisés.

Enfin, on ajoutait aussi assez souvent au terme *siens*, les mots : *et à ceux de son côté et ligne.* Alors, les parens collatéraux du conjoint au profit de qui la clause avait été insérée, prenaient les meubles réalisés dans la succession du dernier des enfans au préjudice et à l'exclusion de l'époux survivant.

338. Ces extensions ne sont plus praticables. Elles changent l'ordre naturel et ordinaire des successions, ce qui est défendu par l'article 1389 ci-dessus. On ne peut donc plus faire usage de la stipulation de propres que purement et simplement. Il n'est plus permis de l'appliquer qu'au cas de la communauté. Son effet se borne à exclure les conjoints du partage des meubles stipulés propres.

Si par habitude ou autrement on avait donné à cette clause

les mêmes extensions qu'autrefois ; si on avait dit, par exemple, que les meubles réalisés seront propres au futur conjoint, aux siens et à ceux de son côté et ligne ; elle ne serait pas pour cela entièrement nulle. Les extensions demeureraient seulement sans effet. La clause ne serait pas inutile, parce que la réalisation est permise, et les meubles réalisés seraient exclus de la communauté. La nullité ne frapperait que les extensions, parce qu'il n'y a qu'elles qui soient prohibées. Ainsi, malgré les termes extensifs de la clause, l'époux survivant succéderait à ses enfans aux meubles stipulés propres, dans le cas où il serait appelé à leur succession.

Au reste, les termes *aux siens* seraient maintenant oiseux, quand même la loi permettrait encore de donner à cette clause la même étendue qu'autrefois. Tout leur effet était d'empêcher que l'époux survivant ne succédât aux meubles réalisés dans la succession d'un des enfans au préjudice des autres. Comme maintenant les père et mère ne succèdent à leurs enfans que quand ces derniers n'ont laissé ni descendans, ni frères, ni sœurs, ni neveux, le cas des termes *aux siens* ne peut plus se présenter.

339. La réalisation peut se faire expressément ou tacitement. Elle est expresse quand les parties ont stipulé que leur mobilier, ou le surplus de leurs biens leur sera et demeurera propre.

Lorsqu'on stipule qu'une somme d'argent sera employée en achat d'héritage, c'est une clause de réalisation de cette somme. Elle est exclue de la communauté, quand même cet emploi ne serait pas fait. La Coutume de Paris en avait une disposition qui doit être suivie comme principe.

Dumoulin dit que si à cette convention on ajoute qu'à défaut d'emploi le mari fait rente dès à présent sur ses biens, cette clause a autant de force et d'étendue que celle de propre aux siens et à ceux de son côté et ligne : que la rente est perpétuelle et fait souche.

Cette opinion ne doit plus être suivie quant aux effets que Dumoulin attribue à la clause. D'abord il n'y a plus de pro-

pres de succession. En second lieu, les rentes constituées sont maintenant meubles.

Tout ce qui résulterait de cette convention dans les principes du Code civil, c'est, en premier lieu, que le capital de la rente n'entrerait pas en communauté ; et en second lieu, que le mari pourrait s'exempter de restituer la somme ainsi réalisée en continuant la rente.

Il n'importe que la somme donnée à charge d'emploi l'ait été par un parent, soit ascendant ou collatéral du conjoint donataire, soit même par un étranger. Dans tous les cas la condition d'emploi emporte la réalisation de la somme.

340. La convention de réalisation est tacite lorsque les conjoints, ou l'un d'eux, ou quelqu'un pour lui, promet d'apporter à la communauté une certaine somme.

En effet, les termes de notre article, *lorsqu'ils stipulent qu'ils en mettront réciproquement dans la communauté jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée*, ne sont pas limitatifs. Il ne s'ensuit point que cette clause, pour être valable, doive être réciproque.

Un des époux peut réaliser ses meubles sans que l'autre fasse la même stipulation à son profit. De même, l'un d'eux peut faire seul une convention d'apport à la communauté. Ils peuvent aussi faire des apports inégaux. Le Code civil ne parle ici que du cas le plus ordinaire et le plus commun ; mais il ne proscrit pas les autres.

La règle qu'il établit, et qui est celle qui a toujours été suivie, s'applique au cas où l'apport n'est fait que par un seul des époux ou pour lui, comme à celui où l'un et l'autre font des apports, soit égaux, soit inégaux.

La limitation que fait le conjoint de sa mise à la somme qu'il promet d'apporter à la communauté, renferme la réalisation tacite du surplus de ses biens. C'est une conséquence de la maxime, *qui dicit de uno, negat de altero.*

Par une suite du même principe, on peut réaliser tacitement les meubles que les conjoints possédaient avant le mariage, en stipulant que la communauté sera composée des

biens qu'ils acquerront postérieurement. Cette clause exclut naturellement ceux antérieurs.

Observez néanmoins que dans la clause que les conjoints seront communs en tous biens meubles et immeubles ACQUIS *depuis le mariage*, ces derniers termes ne sont point censés se rapporter aux meubles, mais seulement aux immeubles ; et n'empêchent point que les meubles dont les conjoints étaient propriétaires lors du mariage, ne tombent dans la communauté.

341. La clause de réalisation soit expresse, qui ne comprend que les meubles des conjoints, soit tacite par la stipulation d'un apport fixe à la communauté, ne s'applique qu'aux meubles qu'ils possèdent au jour de la célébration du mariage. Elle n'empêche pas que tous ceux qu'ils peuvent acquérir ou qui peuvent leur échoir depuis n'entrent dans la communauté.

On peut l'étendre à ceux-ci. C'est même ce qui se fait ordinairement. Mais il faut que la convention soit expresse. Si après avoir fait un apport à la communauté, ils disent que le surplus de leurs biens leur demeurera propre, cela ne s'applique encore qu'à ceux qu'ils possèdent au jour du mariage. Pour étendre la réalisation aux biens futurs, il faut ajouter : *ainsi que ceux qui leur adviendront par la suite.* La raison est que ces stipulations sont de Droit étroit et ne s'étendent point d'un cas à un autre.

De ce principe il suivait que si un conjoint s'était réservé propre ce qui lui adviendrait depuis le mariage par succession, cette convention comprenait les choses meubles ou immeubles qui lui étaient données par un ascendant, parce que ces donations étaient regardées comme avancement d'hoirie, et comme titre équipollent à succession. Mais elle ne s'appliquait point aux donations faites en collatérale, parce qu'elles n'étaient point considérées du même œil.

Suivant le Code civil, il n'est pas douteux que tous les immeubles donnés, soit en directe, soit en collatérale, soit même par un étranger, seront propres de communauté, puisque la

loi imprime cette qualité à tout immeuble donné à un conjoint, quel que soit le donateur.

Mais que dirons-nous des meubles ? elle les fait entrer dans la communauté. La clause de réalisation des biens qui adviendront à un des conjoints, par succession, depuis le mariage, comprendra-t-elle les meubles donnés par un parent collatéral, comme ceux donnés par un ascendant ?

Nous pensons que cette clause doit s'appliquer aux meubles donnés par un ascendant seulement.

Elle n'est relative, depuis le Code civil, qu'aux meubles. Ce sont les meubles advenus à titre successif que l'on entend réaliser. Or la donation en ligne directe est un titre équipollent à succession. Le Code civil consacre ce principe en l'article 1406. Le conjoint possède donc à titre successif les meubles qui lui sont donnés par un ascendant. Ils sont donc compris dans la clause de réalisation des biens qui lui adviendront par succession.

Il n'en est pas de même de ceux donnés par un collatéral ou un étranger. Cette donation ne tient rien de la succession, parce que ce donateur ne la doit pas. Le donataire n'a point d'autre titre que la donation même ; et comme il n'a pas prévu ce cas, les meubles donnés ne peuvent point être compris dans la clause.

342. Au reste, on y réunit ordinairement tous les cas, au moyen de quoi il n'y a point de difficulté.

Fréquemment même, on ajoute les termes, *ou autrement*. Ces termes, dit M. Pothier, étendent la clause à tous les titres lucratifs par lesquels des biens peuvent advenir à l'un ou à l'autre époux pendant le mariage. Ils comprennent toutes les bonnes fortunes qui peuvent arriver au conjoint en faveur duquel la clause est faite. Par exemple, s'il a trouvé un trésor, le tiers qui lui appartient *jure inventionis* lui sera propre et n'entrera point en communauté.

Mais quelque étendue que l'on donne à ces termes, ils ne s'appliquent jamais qu'aux titres lucratifs. C'est par cette raison qu'il a été jugé qu'un héritage acquis à rente viagère

pendant le mariage appartient à la communauté nonobstant la clause de réalisation, quoique la rente ne fût payée que pendant fort peu de temps. Cela aurait lieu, quoiqu'on eût donné à l'acte le nom de donation, si la rente était assez forte pour être considérée comme le prix de l'acquisition.

Par une suite du même principe, le gain quelque considérable qu'il pût être, que l'un des conjoints aurait fait par suite d'un contrat aléatoire qu'il aurait passé depuis le mariage, entrerait dans la communauté, parce qu'un contrat aléatoire est un titre onéreux.

Nous disons, *passé depuis le mariage.* En effet, si l'acte était antérieur, comme alors le droit du conjoint existerait avant l'union, le bénéfice ne tomberait pas dans la communauté.

Cette clause ne comprend jamais non plus les fruits des biens propres des conjoints. Ils appartiennent à la communauté pour soutenir, et acquitter les charges du ménage.

Doit-on regarder comme des fruits les bénéfices provenant des intérêts que l'un des conjoints peut avoir dans une société, une entreprise, ou quelque compagnie de finance ? Doit-on au contraire les considérer comme des sommes capitales sujettes à reprise ?

On sent que la question ne peut avoir lieu que quand il y a clause de réalisation.

Dans ce cas les intérêts sont assimilés à un héritage. Pour juger si les bénéfices qui en proviennent sont des fruits de cet héritage fictif, il faut examiner quelle est la nature des fruits. Ce sont des choses qui naissent et renaissent du corps de l'héritage, sans en altérer la substance : *qui nascuntur et renascuntur salvâ rerum substantiâ.* Les récoltes d'une terre ou d'une vigne sont des fruits. Ils naissent et renaîtront sans diminuer, sans absorber le fonds qui les produit. Les arrérages d'une rente sont des fruits. Ils naissent et renaîtront sans en altérer le capital.

Il semble qu'il n'en est pas de même des bénéfices d'une entreprise ou d'une société ; que ce sont des produits, mais non des fruits ; qu'ils ne doivent donc pas entrer dans la

communauté quand il y a clause de réalisation ; qu'ils sont même l'objet principal de cette clause ; car l'intérêt en lui-même est un être idéal ; il n'est rien que le droit aux produits.

Tel est aussi l'avis de Vaslin, dans son excellent Commentaire de la Coutume de la Rochelle. Il cite une sentence du Présidial de cette ville, du 5 septembre 1738, conforme à cette décision.

Les auteurs du Répertoire Universel de jurisprudence, au mot *Communauté*, rapportent plusieurs décisions arbitrales, et différens arrêts qui ont uniformément jugé la même chose.

Cependant il y a un arrêt du Parlement de Paris, du 9 mars 1781, rendu pour la succession du sieur Baudon, qui a jugé que les bénéfices de sa place de fermier général étaient des fruits qui étaient tombés dans sa communauté. Cet arrêt qui est le dernier rendu sur la question, change-t-il la jurisprudence et les principes adoptés antérieurement ?

Nous pensons qu'il faut distinguer.

Si l'intéressé a dans l'entreprise ou la société un fonds, une mise qu'il a droit de reprendre lors de la dissolution de la société ou la fin de l'entreprise, la clause de réalisation ne doit frapper que cette mise. Les répartitions doivent en être regardées comme des fruits auxquels ce capital donne naissance. Les fermiers-généraux, par exemple, fournissaient des fonds d'avance qui leur étaient restitués à la fin du bail. On fait aussi souvent des entreprises par actions qui donnent droit au partage des bénéfices. Ils sont les fruits de ces actions. Ils doivent donc entrer dans la communauté. La réalisation ne peut affecter que la mise, ou le capital des actions.

Que s'il n'y avait ni mise, ni fonds que l'intéressé dût reprendre en définitif, chaque répartition formerait une somme capitale qui serait l'objet de la clause de réalisation. Elle ne pourrait point en avoir d'autre.

343. L'exclusion des meubles réalisés que la clause opère relativement à la communauté, n'empêche pas néanmoins qu'ils ne s'y confondent, et que le mari ne puisse en disposer librement comme de tous les autres effets qui la composent.

[ARTICLE 1386.]

L'effet de la clause est d'attribuer au conjoint au profit de qui elle est insérée au contrat, une créance de la valeur de ces meubles, lors de la dissolution de la communauté.

Nous disons une créance de la valeur de ces meubles. En effet, le conjoint qui a stipulé la réalisation n'est pas créancier des meubles réalisés en nature. Il ne l'est que de leur valeur. Lors même qu'il s'en trouve d'existant encore lors de la dissolution de la communauté, il n'a sur eux qu'un privilège en les faisant reconnaître et constater.

La fiction de propres que cette clause établit à l'égard de ces meubles, pour le cas de la communauté, n'a lieu que vis-à-vis du conjoint contre lequel elle est introduite. La créance de reprise qui appartient à l'autre est une créance purement mobiliaire, puisqu'elle a pour objet une somme d'argent. En conséquence si, après la dissolution du mariage, il convole à de secondes noces avant d'avoir exercé sa reprise, son droit tombe dans la nouvelle communauté comme ses autres meubles.

Cette fiction est entièrement consommée par le partage qui se fait des biens de la communauté. Il n'est plus même permis de l'étendre plus loin, et tout ce que les auteurs disent relativement aux extensions que l'on donnait autrefois à cette clause devient maintenant inutile pour tous les mariages contractées depuis le Code civil.

1386. Cette clause rend l'époux débiteur envers la communauté de la somme qu'il a promis d'y mettre, et l'oblige à justifier cet apport.

1386. This clause renders the consort debtor to the community for the amount which he promised to contribute, and obliges him to substantiate such contribution.

[ARTICLE 1386.]

* *C. N.* 1501. } Cette clause rend l'époux débiteur envers la communauté, de la somme qu'il a promis d'y mettre, et l'oblige à justifier de cet apport.

---

4 *Zachariæ*, (*Massé et Vergé*), § 656, *p.* 186-187. } II. *De la clause d'apport.*— Cette clause constitue l'époux qui a promis l'apport débiteur envers la communauté du montant de l'apport promis (1), art. 1501. L'époux qui n'exécute pas son obligation doit indemnité à la communauté.

Chaque époux est également tenu à la garantie de son apport envers la communauté (2), art. 1440 et 1547.

Le versement effectif de l'apport stipulé entre les époux est suffisamment justifié, en ce qui concerne le mari, par la dé-

(1) Sur la question de savoir quelles choses et quels biens doivent être imputés sur l'apport promis, V. Pothier, n. 277 et s.; Bellot, 3, p. 78; Duranton, 15, n. 45. [Chaque époux doit donc, à la dissolution de la communauté, compléter l'apport promis s'il n'a pas été fourni, et le mobilier qui lui est resté propre doit être imputé sur cet apport, de telle sorte que ce mobilier ne peut être repris par l'époux débiteur que sous la déduction de l'apport. Il n'est pas douteux que l'apport doive être imputé sur le mobilier présent. Mais peut-il être imputé sur le mobilier futur, c'est-à-dire sur le mobilier qui est échu à l'époux pendant le mariage? (MASSÉ et VERGÉ.)

(20) Pothier, n. 290. [Il est évident que l'époux débiteur de son apport est garant des meubles qu'il donne en payement, et que ceux dont la communauté serait évincée ne peuvent être comptés à son acquit Il y a cependant, en ce qui touche la garantie des créances données en payement de l'apport, une distinction à faire entre les créances qui viennent de la femme et les créances qui viennent du mari. Les créances de la femme sont présumées avoir été acquittées, ou, si elles ne l'ont pas été, n'avoir manqué de l'être que par la faute du mari, administrateur des biens de la femme, tant que celui-ci ne justifie pas de diligences par lui faites en temps utile. Quant aux créances du mari qui est garant, non-seulement de l'existence de la créance, mais encore de ses propres faits et de sa négligence, elles ne peuvent être imputées sur son apport qu'autant qu'il y a preuve qu'elles ont réellement été payées, Marcadé, sur l'art. 1502.] (MASSÉ et VERGÉ.)

claration contenue au contrat de mariage, que son mobilier est de telle valeur; et, en ce qui concerne l'apport de la femme, par la quittance du mari. Toutefois les autres moyens de preuve ne sont pas interdits (1), art. 1502.

La clause d'apport a pour effet principal, entre les époux et leurs héritiers, de les autoriser, lors de la dissolution de la communauté, à reprendre dans les biens qui la composent l'excédant de valeur de leur apport réel sur leur apport promis (2), art. 1503.

Cette clause implique également entre les époux la clause de séparation de dettes, en ce sens que l'époux qui a promis l'apport est obligé, à la dissolution de la communauté, de laisser déduire de cet apport toutes les dettes qu'il avait avant

(1) Pothier, n. 286 et s.; Maleville, sur l'art. 1502; Bellot, 3, p. 68; [Troplong, n. 1965; Marcadé, sur l'art. 1503. C'est ce qui résulte de cet art. 1503 lui-même, qui porte que l'apport est *suffisamment* prouvé par les moyens qu'il indique, disposition qui, loin d'exclure les autres moyens de preuve, les admet, au contraire, d'une manière au moins implicite.] L'art. 1569 est-il applicable à la preuve du versement de l'apport? Duranton, 15, n. 47, se prononce pour la négative. [Aux termes de l'art. 1569, si le mariage a duré dix ans, la femme ou ses héritiers peuvent répéter la dot contre le mari sans être tenue de prouver qu'il l'a reçue. Mais cette disposition qui, en matière de dot, élève contre le mari une fin de non-recevoir, et qui est, par conséquent, d'une nature toute exceptionnelle, ne peut être étendue à d'autres cas, Rodière et Pont, 2, n. 90; Troplong, n. 1968.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Dans le cas de la clause d'apport, l'époux n'a donc pas, comme dans le cas de la clause de réalisation, le droit et l'obligation de reprendre les choses en nature. Il n'a droit qu'à la valeur de ce qu'il a apporté en sus de la somme convenue, arg. art. 1503. La raison de cette différence tient à ce que, dans la clause d'apport, à la différence de ce qui a lieu sous l'empire de la clause de réalisation, la totalité des biens mobiliers des époux tombe en communauté, quant à la propriété, sauf le droit de reprise de la plus-value. [V. Troplong, n. 1973.— Il suit de là qu'à la différence de ce qui a lieu sous la clause de réalisation, l'époux peut disposer du mobilier, sauf à tenir compte de sa valeur, Troplong, n. 1957.] (MASSÉ et VERGÉ.)

le mariage, en tant que ces dettes ont diminué l'apport promis (1), art. 1511.

A cela près, la clause d'apport n'altère pas les conditions de la communauté légale. Ainsi, nonobstant l'existence de cette clause dans le contrat de mariage, la communauté comprend, non-seulement l'apport promis, mais encore tout ce qui doit légalement lui revenir. Les dettes, qui sont en général à la charge de la communauté, doivent être acquittées par elle sous l'empire de la clause d'apport, et les époux ne peuvent se prévaloir de cette clause pour opposer aux créanciers l'exception de la séparation de dettes (2), art. 1504, arg. art. 1528, combinés avec les art. 1503, 1511 et 1513.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *nos* 288 *et s.* } 288. Les choses qui s'imputent sur la somme que le conjoint a promis d'apporter à la communauté, sont tous les effets mobiliers que le conjoint peut justifier avoir eus lors de son mariage ; lesquels étant entrés en la communauté, ont été reçus par la communauté en paiement de la somme que

(1) Pothier, n. 342 ; Bellot, 3, p. 77 ; Duranton, 15, n. 43. C'est improprement que cette clause est nommée clause de séparation de dettes. Elle est plutôt la clause mentionnée à l'art. 1513, qui déclare l'apport franc de dettes. [Il est évident que les dettes de l'époux qui a promis un apport ne peuvent grever cet apport, soit parce qu'il ne serait pas intégralement fourni s'il était réduit par les dettes, soit parce qu'il est de principe que les dettes ne sont la charge que d'une universalité de biens : *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum onus est*, Pothier, n. 352, art. 1511. A ce point de vue, les dettes de l'époux débiteur de l'apport lui restent donc personnelles. Néanmoins, les créanciers de l'époux n'en conservent pas moins le droit d'agir contre tout le mobilier qui est entré dans la communauté de son chef ; mais, dans ce cas, ce mobilier ne peut être imputé en payement de l'apport que déduction faite des dettes payées pour le compte de l'époux, Marcadé, sur l'art. 1501.] (Massé et Vergé.)

(2) *Confusio facta est inter bona communionis et bona propria conjugum.* [V. la note qui précède.] (Massé et Vergé.)

le conjoint a promis d'y apporter, et ont acquitté le conjoint d'autant de cette somme.

La communauté ne commençant qu'au jour de la bénédiction nuptiale, et non dès le temps du contrat de mariage, comme nous l'avons établi *suprà*, n° 22, il suit de là qu'il n'y a que les choses que le conjoint avait lors de la bénédiction nuptiale, qui puissent être censées avoir été reçues par la communauté en paiement de la somme promise par le conjoint pour son apport, et qui puissent en conséquence y être imputées. Il n'importe qu'il les eût dès le temps du contrat de mariage, ou qu'il les ait acquises depuis : au contraire, celles qu'il avait lors du contrat du mariage, et qu'il a cessé d'avoir dans le temps intermédiaire, de quelque manière qu'il ait cessé de les avoir, ne peuvent être imputées sur la somme qu'il a promis d'apporter à la communauté, qui ne peut être censée les avoir reçues, puisque le conjoint ne les avait plus lorsqu'elle a commencé.

289. Il suit aussi de notre principe, que c'est sur le pied de la valeur qu'avaient, au temps de la bénédiction nuptiale, les effets mobiliers du conjoint, qu'ils doivent être imputés sur la somme promise pour son apport : car c'est en ce temps que la communauté les a reçus en paiement ; et quand on reçoit des choses en paiement, c'est pour le prix qu'elles valent au temps auquel on les reçoit.

290. Les dettes actives qui appartiennent à chacun des conjoints lors du mariage, ne s'imputent sur la somme promise pour l'apport, qu'autant qu'elles ont été payées durant la communauté ; car ce n'est que par le paiement qui en est fait durant la communauté, que la communauté en profite.

Observez une différence à cet égard entre celles du mari et celles de la femme. Le mari, pour pouvoir imputer sur la somme qu'il a promise pour son apport, les dettes actives qu'il avait lors de son mariage, est tenu de justifier qu'elles ont été payées durant la communauté, soit par des contre-quittances qu'il aurait tirées des débiteurs, soit au moins par un journal non suspect. Au contraire, la femme n'est pas chargée de

prouver que les dettes actives qu'elle justifie lui avoir appartenu lors de son mariage, lui ont été payées durant la communauté. Si le mari ne justifie pas, par des diligences faites à temps contre les débiteurs, qu'il n'a pu en tirer paiement, il n'est pas recevable à alléguer qu'elles n'ont pas été payées durant la communauté, puisque c'est lui qui en a dû procurer le paiement : c'est pourquoi ces dettes doivent être en ce cas réputées avoir été payées durant la communauté, et elles doivent en conséquence être imputées sur la somme promise par la femme pour son apport.

291. Tout ce qui fait partie de la dot mobilière d'un conjoint, et qui est entré dans la communauté, s'impute sur la somme qu'il a promise pour son apport : c'est pourquoi si les père et mère de l'un des conjoints ont promis par le contrat de mariage, outre la dot qu'ils lui donnaient, de nourrir chez eux pendant un certain nombre d'années, *putà*, pendant trois ans, les futurs conjoints et leurs domestiques ; ces nourritures qui, en exécution de cette clause, ont été fournies aux futurs conjoints pendant ledit temps, sont censées faire partie de la dot de ce conjoint ; et en conséquence la communauté, qui en a profité, doit imputer la somme à laquelle elles doivent être appréciées, sur celle promise pour l'apport de ce conjoint.

292. Les père et mère d'un conjoint lui donnent quelquefois en dot les fruits d'un certain héritage pendant un certain nombre d'années, et non l'héritage même. Ces fruits composent en ce cas le principal de la dot ; L. 4, ff. *de Pact. dot.* C'est pourquoi ces fruits que la communauté a recueillis, non-seulement doivent s'imputer sur la somme promise par ce conjoint pour son apport, mais s'ils excédaient la somme promise pour l'apport, l'excédant serait repris comme propre.

C'est ce qui a été jugé, il y a quelques années, par une sentence du bailliage d'Orléans, qui a été confirmée par arrêt de la Cour. Les père et mère de la dame de Rochefort lui avaient donné en dot la coupe d'une certaine quantité de bois taillis, pendant un certain nombre d'années. Le sieur de

Rochefort avait fait toutes lesdites coupes durant la communauté. Sa fille, après la mort de sa mère, demanda la reprise du prix desdites coupes, sous la déduction de la somme promise pour l'apport de sa mère. Cette reprise lui fut adjugée, attendu que lesdites coupes composaient le principal de la dot de sa mère.

Si ce sont en ce cas les fruits qui composent le principal de la dot, quels peuvent donc être en ce cas les fruits de la dot de la femme qui peuvent entrer en communauté, et servir à supporter les charges du mariage ? La loi 4, ff. *de Pact. dot.*, ci-dessus citée, fournit la réponse à cette demande. Les fruits de cette dot sont, suivant cette loi, les intérêts que peuvent produire les sommes provenues du prix desdites coupes.

294. Il faut décider autrement lorsque c'est le droit d'usufruit d'un certain héritage qui a été donné en dot à l'un des conjoints. Ce ne sont pas en ce cas les fruits de cet héritage qui sont perçus durant la communauté, qui composent le principal de la dot, c'est le droit d'usufruit en lui-même qui est la dot. Les fruits de l'héritage sont les fruits de ce droit d'usufruit, lesquels, comme fruits de la dot, appartiennent à la communauté, et ne peuvent par conséquent être imputés sur la somme promise pour l'apport de ce conjoint.

295. N'étant pas ordinaire que des fruits qui doivent être perçus durant la communauté, composent le principal de la dot, ils ne la composent que lorsque les parties s'en sont clairement expliquées : lorsqu'il y a de l'ambiguïté dans les termes du contrat de mariage, cette intention ne se présume pas facilement. C'est sur ce fondement que Lebrun décide (liv. 1, ch. 5, dist. 2, n° 1), que, lorsque des père et mère ont donné en dot, peu avant la récolte, un héritage, en ces termes, *un tel héritage, avec les fruits qui y sont pendants* ; on ne doit pas croire que leur intention a été que les fruits qui étaient pendants au temps du mariage, et qui n'ont été perçus que depuis, dussent faire partie du principal de la dot : on doit plutôt croire qu'ils n'ont voulu dire autre chose, sinon qu'ils donnaient cet héritage tel qu'il se trouvait, sans s'en réserver

la récolte qui était à faire, quoique imminente. Ces termes, *avec les fruits qui y sont pendants*, doivent donc être regardés comme superflus : la récolte qui en est faite durant la communauté, doit appartenir à la communauté, et ne peut conséquemment être imputée sur la somme promise pour l'apport.

296. Le conjoint ne doit pas non plus imputer sur la somme qu'il a promise pour son apport, le mobilier qui lui advient durant le mariage par succession, donation, ou autrement; car c'est sur les biens présents qu'il a lors du mariage, qu'il s'oblige de fournir à la communauté la somme qu'il a promise pour son apport. Il est censé avoir aussi tacitement promis d'y apporter, suivant la loi des communautés conjugales, les effets mobiliers qui lui adviendraient par la suite durant la communauté, à quelque titre que ce fût, lorsqu'il ne s'est pas expliqué du contraire par le contrat de mariage.

Mais, lorsque par le contrat de mariage il se réserve propre ce qui lui adviendrait par succession, donation ou legs, en ce cas, on doit faire, jusqu'à due concurrence, compensation de la somme qu'il a promis d'apporter à la communauté, et dont il est débiteur envers elle, avec la reprise qu'il a droit d'exercer sur la communauté pour le montant mobilier qui lui est advenu durant la communauté, à titre de succession, donation ou legs.

Voy. autorités sur arts. 1385 et 1387.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Int. tit.* 10, *Cout. d'Orléans*, *n*os 40, 45. } 40. Il est très ordinaire dans les contrats de mariage que chacune des parties fasse l'apport d'une certaine somme à la communauté.—L'effet de cette clause est que le conjoint qui n'avait pas en biens mobiliers, lorsqu'il s'est marié, la somme qu'il a promis mettre en communauté, est fait par cette clause débiteur envers elle de ce qui s'en manque.

45. C'est au conjoint qui a promis apporter en communauté

une certaine somme, à justifier de la quantité de son mobilier qui y est entré ; faute de quoi il est débiteur envers la communauté de toute la somme qu'il a promis y apporter. La quantité de ce mobilier peut se justifier, 1° par le contrat de mariage, lorsqu'elle y est déclarée. — Observez que l'apport de la femme doit être quittancé par le mari. A l'égard de celui du mari, comme on ne se donne pas quittance à soi-même, il suffit, pour qu'on le juge acquitté, que le mari déclare qu'il a en mobilier la somme qu'il apporte en communauté ; c'est à la famille de la femme à s'en informer. Ainsi jugé par arrêt du 23 juill. 1712, au tom. 6 du *Journal des Audiences.*

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1500-1-2 *C. N.* } Le mari étant le maître de la communauté, et celui entre les mains duquel le mobilier doit être remis, il ne peut pas se donner quittance à lui-même, et il doit en être cru sur la déclaration qu'il en fait dans le contrat ; c'est à la femme ou à ses parens à s'informer, si elle est vraie, avant de signer ce contrat. Ainsi jugé par arrêt du 23 juillet 1712, rapporté au Journal des audiences.

Quant à la femme qui doit remettre au mari ce qu'elle se constitue, elle doit établir cette remise, et sans doute la quittance du mari en est la meilleure preuve ; mais n'y en a-t-il pas d'autre ?

Pothier, n° 300, enseigne que la quantité de mobilier que chacun des époux avait lors du mariage, lorsqu'elle n'a pas été déclarée dans le contrat, peut se justifier par un état sous seing privé fait entre les conjoints, même pendant le mariage ; par un partage de succession, constatant qu'il est échu à l'un des conjoints, tel mobilier ; par un compte de tutelle, quoique l'autre conjoint ne fût pas présent à ces actes, pourvu qu'ils soient d'une date voisine du contrat ; enfin par la preuve de la commune renommée. Je crois que cette doctrine peut s'appliquer a l'apport promis par la femme ; c'est

même à propos de cet apport que Pothier l'enseigne. La femme ne doit pas être la dupe du refus injuste que ferait le mari de donner quittance du mobilier, après l'avoir reçu pendant le mariage.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1501 *C. N.* } 344. La convention d'apport à la communauté est très fréquente. On peut dire même qu'elle est d'un usage général. On stipule que les futurs conjoints seront communs ; et après avoir fait l'énumération des biens qu'ils ont, on ajoute que de ces biens il en entrera, de part et d'autre, dans la communauté, jusqu'à concurrence de telle somme ; et que le surplus, ainsi que tout ce qui pourra leur échoir par la suite, sera propre.

Quoique les conjoints ou l'un d'eux n'ait pas, lors du mariage, des biens meubles en quantité suffisante pour acquitter la somme qu'il a promise à la communauté, la clause n'opère pas l'ameublissement de ses immeubles pour le surplus. Elle le constitue seulement débiteur de cette somme, ainsi que le dit le Code civil dans cet article ; en quoi il est parfaitement conforme à l'ancienne doctrine sur ce point.

Tous les effets mobiliers que chaque conjoint possédait au moment du mariage, viennent d'abord en déduction de son obligation. Nous disons, au moment de la célébration du mariage, parce que c'est à cet instant que la communauté commence ; en sorte qu'il importe peu que le conjoint eût ou non ces meubles au temps du contrat. Il n'y a que ceux qu'il possède à celui de l'union, qui puissent être imputés sur sa promesse. On ne doit pas lui compter les meubles qu'il possédait lors du contrat, et qu'il a cessé d'avoir depuis, car il ne les a point mis dans la communauté.

Quid, si dans le temps intermédiaire il a, avec ses meubles qu'il possédait au temps du contrat, acquis un immeuble ou héritage, cet héritage sera-t-il substitué aux choses mobiliaires qu'il avait, et entrera-t-il dans la communauté en déduction de son apport ?

La négative ne pouvait faire aucune difficulté dans notre ancien Droit qui ne regardait point cet immeuble comme conquêt, et qui accordait seulement une action en récompense du prix. La question naît de l'art. 1404 qui le déclare conquêt.

Néanmoins il faut encore tenir la négative. Dans le cas de l'article opposé, le conjoint qui a contracté purement et simplement la communauté, a promis d'y apporter tous les meubles qu'il avait lors du contrat. Il ne peut plus l'en priver et augmenter la masse de ses propres, au préjudice de son obligation. Mais lorsqu'il est convenu d'un apport déterminé, il ne s'est point engagé à y mettre les meubles qu'il possédait. Il s'est seulement constitué débiteur de la somme promise. Il peut donc disposer de tout ou partie de ses meubles. Il reste toujours obligé, et il ne fait aucun tort à la communauté. C'est aussi ce que nous avons dit sur l'article 1404.

345. Les meubles que le conjoint apporte à la communauté s'imputent sur sa dette pour la valeur qu'ils avaient au temps de la célébration du mariage. Cela est évident. C'est au temps du paiement qu'il faut considérer la valeur de la chose payée.

Quant aux créances que les conjoints avaient lors du mariage, elles ne s'imputent sur la mise en communauté qu'autant qu'elles ont été payées pendant sa durée. Ce n'est en effet que de cette manière qu'elles ont pu y entrer.

Il y a néanmoins à cet égard une grande différence entre le mari et la femme. Le premier est obligé de justifier le paiement pour pouvoir en faire l'imputation. La dernière n'est point obligée à faire cette preuve, parce que c'est le mari qui a dû en faire effectuer l'acquittement. Si les titres ne se retrouvent pas, le paiement est présumé. S'ils se retrouvent, et que les débiteurs soient devenus insolvables, le mari doit se l'imputer et admettre les créances en déduction, parce qu'il est responsable de sa négligence. Il ne peut s'y soustraire qu'en rapportant la preuve des poursuites infructueuses qu'il a faites.

Les logemens et nourritures que les époux reçoivent quel-

quefois des père et mère de l'un d'eux, s'imputent aussi sur l'apport de celui dont les père et mère les ont fournis. En effet, ces nourritures et logemens sont quelque chose d'appréciable à prix d'argent, que ce conjoint a mis dans la communauté. Il doit donc lui être fait déduction sur son apport, de cette valeur.

Les fruits des héritages propres ne s'imputent pas. On en sent aisément la raison.

Mais nous avons vu dans nos notions préliminaires, que les fruits d'un héritage qui n'appartient point aux époux, peuvent être principalement et *per se*, l'objet de la dot. Des père et mère, par exemple, peuvent donner en dot une certaine quantité de coupes de bois. Alors la valeur de ces coupes s'impute jusqu'à due concurrence sur l'apport, et le reste est propre. M. Pothier cite à cet égard un arrêt du Parlement de Paris, confirmatif d'une sentence du Châtelet d'Orléans, rendue au profit d'une dame de Rochefort. Il ne donne point la date de ces jugemens. Au reste, le principe ne peut faire aucune difficulté.

Observez que la convention sur ce point doit être claire et précise. Si un héritage était constitué en dot avec ses fruits, ceux-ci n'entreraient pas dans la constitution de la dot. Il faut qu'ils soient principalement et directement l'objet de la donation, comme dans l'exemple proposé.

Il n'en est pas de même d'un usufruit. C'est le droit en lui-même ; c'est-à-dire, la servitude qui forme la dot. Les fruits n'en sont que le produit, et ne viennent point en conséquence en déduction de l'apport.

Lorsqu'en faisant un apport à la communauté, on n'a point stipulé que les meubles qui adviendraient aux époux depuis le mariage seraient propres, on ne peut pas les imputer sur la somme promise ; car, en ne les réservant point, on est convenu de les faire entrer dans la communauté.

La disposition de l'article sur lequel nous écrivons, ne nuit point à cette décision, lorsqu'il dit que quand les conjoints ont stipulé un apport à la communauté, il sont, par cela seul,

censés réserver le *surplus*. Ces mots ne s'appliquent qu'à leurs biens présens, et non à ceux à venir. Nous avons déjà remarqué que la clause de réalisation, lors même qu'elle est expresse, est de Droit étroit. A plus forte raison celle tacite l'est-elle aussi.

346. La convention d'apport établit deux différences entre la communauté légale et celle conventionnelle.

La première, est que la communauté légale reçoit à titre universel les meubles que les conjoints possèdent au jour de la célébration du mariage ; au lieu que, dans le cas de l'apport déterminé, la communauté ne les acquiert qu'à titre singulier par le paiement de la somme promise, et seulement jusqu'à concurrence de cette somme. Si ces meubles excèdent la somme convenue, ils n'entrent pas dans la communauté conventionnelle, et demeurent propres aux conjoints.

De là naît la question de savoir si la convention d'apport à la communauté emporte celle de séparation de dettes. La question était autrefois controversée.

La Thaumassière tient l'affirmative. Lebrun, au contraire, enseigne la négative. M. Pothier embrasse l'avis de La Thaumassière, et réfute les raisons de Lebrun. Si les Coutumes, dit-il, chargent la communauté des dettes mobiliaires de chacun des conjoints, antérieures au mariage, c'est parce qu'elles y font entrer l'universalité de leurs biens mobiliers, et que, suivant les principes de l'ancien Droit Français, les dettes mobiliaires sont une charge des meubles. Mais ces dettes sont une charge de l'universalité, et non de quelques biens particuliers. Lors donc que les parties ne font entrer dans la communauté que quelques-uns de leurs biens, elles ne doivent point y apporter leurs dettes. D'ailleurs si cela était, la partie qui a promis un apport ne ferait pas sa mise entière, ou même ne la ferait pas du tout si ces dettes surpassaient la somme qu'elle a promise. Ce savant auteur démontre fort bien que les raisons apportées par Lebrun, pour l'opinion contraire, sont sans fondement, et ne sont même que des pétitions de principes.

[ARTICLE 1387.]

Le Code civil consacre à cet égard l'opinion de M. Pothier par l'art. 1511 ci-après. En effet, la doctrine de cet auteur est conforme aux vraies maximes.

Une seconde différence que la convention d'apport met entre la communauté légale et celle conventionnelle, est que les conjoints ne s'obligent d'apporter à la communauté que les effets mobiliers qu'ils ont, et en tant qu'ils sont à eux ; en sorte que si, par la suite, elle est évincée de quelques-uns de ces effets, elle n'a aucune action, pour raison de cette éviction, contre le conjoint de qui ils proviennent.

Au contraire, dans le cas de la convention d'apport, si le prix de tout le mobilier que l'un des conjoints avait lors du mariage, n'égale pas la somme qu'il a promise, il demeure débiteur de ce qui s'en manque ; et si la communauté souffre éviction de quelques-uns de ces effets, le conjoint est obligé d'en remplacer la valeur. Cela est conforme aux principes ordinaires des obligations, suivant lesquels le paiement n'est valable qu'autant que l'obligé a transféré au créancier la propriété incommutable de la chose payée.

1387. L'apport est suffisamment justifié, quant au mari, par la déclaration portée au contrat de mariage, que son mobilier est de telle valeur.

Il est suffisamment justifié, à l'égard de la femme, par la quittance que le mari donne, soit à elle, soit à ceux qui lui ont fait l'avantage.

Si l'apport n'est pas exi-

1387. The contribution is sufficiently substantiated, as regards the husband, by the declaration made in the contract of marriage that his moveable property is of a certain value.

It is sufficiently substantiated, as regards the wife, by the discharge which the husband gives either to her or to those who made the endowment.

If such contribution be

gé dans les dix ans, la femme est censée l'avoir fait, sauf preuve contraire.	not claimed within ten years the wife is presumed to have made it; saving the right of proving the contrary.

---

* *C. N.* 1502. } L'apport est suffisamment justifié, quant au mari, par la déclaration portée au contrat de mariage que son mobilier est de telle valeur.

Il est suffisamment justifié, à l'égard de la femme, par la quittance que le mari lui donne ou à ceux qui l'ont dotée.

Voy. autorités sur art. 1386.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *nos* 297 *et s.* } 297. C'est au conjoint qui a promis d'apporter à la communauté une certaine somme, à justifier de la quantité de son mobilier qui y est entré ; faute de quoi il demeure débiteur envers elle de la somme qu'il a promis d'y apporter.

Cette quantité de mobilier peut se justier, 1° par le contrat de mariage où elle est déclarée : car on présume facilement, surtout lorsqu'il ne s'est pas écoulé un temps considérable entre le contrat de mariage et la célébration, que le conjoint avait encore, lors de la célébration du mariage, la quantité de mobilier déclarée par le contrat de mariage, et qu'elle est en conséquence entrée dans la communauté, tant que le contraire ne paraît pas.

Il y a, à cet égard, une différence à observer entre l'homme et la femme. Le contrat de mariage qui contient la déclaration faite par la femme de la quantité de son mobilier, doit être quittancé par le mari, qui doit reconnaître avoir reçu de sa femme cette quantité de mobilier. A l'égard du mari, entre les mains de qui, comme chef de la communauté, est

le mobilier qu'il a promis d'apporter; comme il ne peut se donner quittance à lui-même, la déclaration de la quantité de son mobilier, qui est portée par le contrat de mariage, suffit seule pour établir qu'il avait effectivement ce mobilier; la femme et la famille de la femme peuvent s'en informer avant que de signer le contrat. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 30 juillet 1712, rapporté au sixième tome du *Journal des Audiences*, liv. 2, ch. 44.

298. La quantité du mobilier que chacun des conjoints avait lors du mariage, lorsqu'elle n'a pas été déclarée par le contrat de mariage, peut aussi se justifier par un état fait entre les conjoints, même depuis le mariage, et sous leur signature privée, qui en contienne le détail et la prisée. Aucun des conjoints qui ont signé cet état n'est recevable à l'attaquer, en alléguant que, dans la vue d'avantager l'autre conjoint contre la défense de la loi, il a considérablement diminué par cet état la quantité de son mobilier, ou souffert que l'autre conjoint grossît la quantité du sien : car on n'est pas recevable à alléguer sa fraude.

Néanmoins, s'il alléguait que par inadvertance et par oubli, il a omis dans cet état certains articles de son mobilier, et qu'il fût en état d'en faire facilement la preuve, il pourrait être admis à la faire, et à faire ajouter à l'état les omissions qu'il aurait justifiées.

299. A l'égard des héritiers du conjoint prédécédé, lorsqu'ils attaquent de fraude l'état que les conjoints ont fait de leur mobilier, en soutenant que, dans la vue d'avantager le conjoint survivant, le mobilier du prédécédé a été par cet état considérablement diminué, ou celui du survivant, grossi; si les faits de fraude qu'ils allèguent, sont bien circonstanciés et considérables, ils peuvent être admis à la preuve de cette fraude.

En vain opposerait-on que l'héritier qui représente le défunt, et qui ne peut avoir plus de droit que lui, ne peut pas être reçu à la preuve à laquelle le défunt n'aurait pas été reçu. La réponse est, que ce principe souffre exception,

lorsque la preuve demandée est la preuve d'une fraude qui a été faite à un héritier en sa qualité d'héritier.

300. 3° La preuve de la quantité du mobilier qu'une des parties avait lors du mariage, peut aussi se faire par des actes non suspects, faits avant ou peu après le mariage, quoique l'autre conjoint n'y ait pas été présent.

Par exemple, un partage que le conjoint, avant ou peu après son mariage, a fait du mobilier des successions de ses père et mère, lequel contient et exprime la quantité du mobilier qui lui est échue par ce partage pour son lot, prouve que ce conjoint avait effectivement, lors de son mariage, cette quantité de mobilier.

Pareillement, un compte de tutelle rendu à un des conjoints peu avant ou peu après son mariage, fait foi de ce qui lui était dû lors de son mariage.

Lorsqu'il n'y a aucun acte par lequel on puisse justifier la quantité du mobilier que les conjoints ou l'un des conjoints avaient lors du mariage, on en admet la preuve par la commune renommée : on laisse à la discrétion du juge à fixer sur les enquêtes faites de la commune renommée, la quantité de ce mobilier.

Le juge, pour la fixation de ce mobilier, doit être plus indulgent envers la femme ou ses héritiers, qu'envers le mari ; l'empire qu'a le mari sur la femme, pouvant souvent ne lui avoir pas laissé le pouvoir de constater pendant le mariage, par quelque acte, le mobilier qu'elle avait lors de son mariage.

---

* *Lebrun, Comm. Liv.* 3, *ch.* 2, *sec.* 1, *dist.* 3, *n°* 42 *et s.* } Quoique le mari allègue n'avoir pas donné quittance des deniers dotaux, il n'est pas moins obligé de satisfaire à cette reprise, si le mariage a duré dix ans ; et ceci est un point de notre Jurisprudence Françoise, qui mérite quelque explication.

Il n'y a rien de précis dans le Droit qui autorise cette prescription de dix ans, que nous avons établie dans notre usage ;

mais bien quelque chose d'approchant, qui peut avoir servi de modèle. Il faut donc savoir que régulièrement l'exception, *Non numeratæ pecuniæ*, devoit être proposée dans les deux ans, *L.* 14. *Cod. de non numeratâ pecuniâ :* mais on jugea que comme la dot étoit privilégiée, l'exception *non numeratæ pecuniæ*, devoit l'être aussi en fait de dot : c'est pourquoi après avoir d'abord donné un an au mari ou à ses héritiers, à compter du jour de la dissolution du mariage, ou du divorce pour proposer cette exception, dans laquelle il prétendoit que quoiqu'il eût donné quittance de la dot, il ne l'avoit pas reçue, il parut dans la suite que ce Règlement emportoit souvent un trop long terme, parce que le mariage pouvoit durer vingt, trente ou quarante ans : ce qui fit qu'on établit ces distinctions par la Novelle 100. de Justinien. Que si le mariage n'avoit duré que deux ans, le mari ou ses héritiers avoient encore un an pour proposer cette exception : mais que s'il avait duré depuis deux ans jusqu'à dix ans, il n'avoit que trois mois du jour de la dissolution du mariage ; et qu'enfin s'il avait duré dix ans ou plus, le mari n'étoit plus recevable à se servir de cette exception, n'étant pas à présumer que durant un si long-tems il se fût passé de la dot de sa femme, destinée à lui aider à supporter les charges du mariage.

Or cette raison de la Novelle nous a servi à fonder la prescription dont il s'agit, qui n'est donc pas établie dans le Droit, contre la demande à fin de payement des deniers dotaux, puisqu'il est certain au contraire, que le mari avait trente ans pour exiger la dot contre ceux qui l'avoient promise, comme a observé M. Boyer, Question 328, mais qui est une pure invention de notre Droit François, à l'instar néanmoins de la prescription de cette exception d'argent non nombré, établie pour la dot par la Novelle 100. de Justinien.

Or ce Droit vraiment exorbitant, a été modéré par plusieurs exceptions. La première, qu'il n'a lieu principalement que quand le mari n'ayant jamais intenté d'action contre son beau-père, ou sa belle-mère, qui a promis la dot, s'avise de la demander à leurs héritiers : ainsi ce droit est en partie

fondé sur la Loi *Procula* 26. *ff. de Probationibus*. Brodeau, lettre D. chapitre 19. Arrêt 2.

La seconde, que s'il y a dans le contrat de mariage un terme pour payer la dot, cette prescription ne court que du jour de l'expiration de ce terme.

La troisième, que si le mariage dure moins de dix ans, la prescription n'a plus lieu, le mari n'ayant pas supporté les charges durant dix ans, et l'action pour l'exaction de la dot appartenant alors à la femme ou à ses héritiers, contre lesquels cette prescription n'a point été établie.

La quatrième, que cette prescription n'a lieu que pour la dot promise à la femme, et présumée reçue par le mari qui supporte les charges du mariage, non contre le mari pour la dot qui lui a été promise par ses propres parens, et qu'il peut poursuivre durant trente ans.

La cinquième, qu'elle n'a pas lieu pour la dot que la femme même a promis d'apporter, le mari en ce cas n'ayant point de partie capable, contre qui il puisse agir durant le mariage pour l'exaction de cette dot.

La sixième, que quand la dot a un autre titre, comme si elle est composée de droits échus par le décès du père ou de la mère prédécédé, ou de tous les deux, ou d'un legs que le prédécédé fait à sa fille, et qui lui tient lieu de légitime, en ce cas le mari et la femme sont bien fondés à demander même après les dix ans, ce qui leur tient lieu de part héréditaire, ou de légitime, ou de reliqua de compte ; Brodeau au même endroit, Arrêt 5.

Il en faut dire autant, au cas que la dot soit le prix d'une renonciation à succession future ; car quelle apparence de priver une fille de ce qui lui tient lieu de la succession de ses parens et de ses droits les plus légitimes, et de lui ôter ce prix modique, pour lequel elle a quelquefois abandonné de grandes espérances, à cause de la négligence de son mari durant dix années ?

En septième lieu, il faut encore excepter les Coutumes qui ont une prescription de trente ans, comme celle de Bourges,

et c'est le sentiment de la Thaumassière, en ses Décisions, Livre 3, chapitre 42.

La huitième exception est, que si le père a constitué pour dot à son gendre et à sa fille une dette sur un étranger, le gendre a trente ans pour exiger cette dette de cet étranger, à compter du jour de l'obligation, quoiqu'il la possède à titre de dot.

La neuvième exception est, que le mari mineur peut poursuivre la dot de sa femme jusqu'à trente-cinq ans, notre Droit n'ayant point établi d'autre règle à cet égard que celle portée par l'article 134. de l'Ordonnance de Villiers-Coterets de l'an 1539. et l'Autentique *Minor*, ni la Novelle 100. chapitre 2. dont elle est tirée, qui donnoit douze ans au mineur pour se plaindre que la dot ne lui a pas été payée, à compter du jour de son mariage, n'ayant point lieu en France, non plus qu'aucune des prescriptions du Droit Romain, qui ne sont point établies par des Ordonnances ou des Arrêts. Aussi ces douze ans pouvoient n'expirer qu'à sa trente-sixième année, supposé que le mineur se fût marié à vingt-quatre ans : comme ils pouvoient expirer à sa vingt-sixième année, supposé qu'il se fût marié à quatorze ans. La même Novelle donnoit un an aux héritiers du mineur, quand il décédoit dans les vingt-deux ans, et donnoit cinq ans à l'héritier mineur du mari mineur ; mais parmi nous l'héritier mineur du mari mineur aura jusqu'à ses trente-cinq ans pour poursuivre la dot promise à son Auteur.

La dixième exception est, que si le père de la femme a reconnu après les dix ans, que la dot n'a pas été payée, cette reconnoissance n'est pas censée un avantage indirect au profit de la fille ; mais on s'y doit tenir comme à un acte de bonne foi : parce que lors de la reconnoissance la prescription ordinaire et de Droit commun, qui est celle de trente ans, n'étoit pas acquise.

* 1 *Bourjon, Comm.*, 1ere *part., tit.* 10, *ch.* 2, *sect.* 3, *n°* 28, *p.* 447. } XXVIII. Lorsque la femme pour droit de communauté est réduite à une somme fixe, il la lui faut fournir franche et quitte de dettes de la communauté ; c'est l'effet d'une telle réduction, autrement elle ne seroit pas remplie de la somme.

M. Duplessis, pag. 425, M. le Brun, de la Communauté, pag. 577, num. 3, et l'on le règle ainsi au Châtelet, dans les comptes et partages; c'est un forfait de la part de la femme, et une composition fixe de son droit; composition qui doit avoir son entière exécution.

---

* 2 *Rogron, sur art.* 1502 *C. N.* } *Que le mari lui donne.* Cette différence de justification des apports respectifs résulte de la nature des choses : le mari étant maître de la communauté, qui se compose de tout ce que les époux apportent, ne peut pas se donner quittance à lui-même de son apport dans la communauté : sa déclaration doit donc faire foi, sauf à la future épouse ou à ses parents à s'assurer, avant la signature du contrat, sl le mobilier apporté par le mari est bien de la valeur déclarée. Au contraire, la femme est obligée de remettre à son mari ce qui compose son apport ; il est donc tout simple que la quittance qui lui est donnée par son mari forme une justification suffisante.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1502 *C. N.* } 347. L'article précédent porte que, dans le cas de la convention d'apport, chaque conjoint est obligé de justifier le paiement de la somme qu'il a promise.

Celui-ci règle le genre de preuve qui constatera l'exécution de son obligation.

Lorsque le contrat de mariage contient l'énumération des meubles de chaque conjoint, ou fixe la valeur de ce mobilier, il suffit pour établir la preuve du paiement à l'égard du mari, parce qu'on présume facilement qu'il avait encore ce mobi-

lier lors du mariage, et que d'ailleurs il ne peut pas se donner quittance à lui-même. Cela est surtout sans difficulté, lorsqu'il s'est écoulé peu de temps entre le contrat et le mariage, ce qui est le cas le plus ordinaire.

Mais, s'il y avait un intervalle considérable entre l'un et l'autre, pourrait-on admettre la femme ou ses héritiers à la preuve que le mari n'avait plus ces effets mobiliers, et qu'il n'a rien mis dans la communauté ?

Il faut répondre que non, à moins qu'il n'y eût des circonstances bien extraordinaires, et un commencement de preuve par écrit déjà important.

D'abord, la disposition du Code civil ne distingue point. Elle est absolue. D'un autre côté, la femme, dans ce cas, si elle était majeure, ou ses parens si elle était mineure, doivent s'imputer de n'avoir pas fait constater avant le mariage l'absence des meubles que le mari avait lors du contrat. Ils en ont virtuellement et implicitement reconnu l'existence en passant au mariage sans se procurer cette preuve.

348. A l'égard de la femme, il faut une quittance du mari. Quand il l'a donnée, il ne peut plus, comme dans les Lois Romaines, la contester et prétendre qu'il n'a rien reçu. Elle fait foi contre lui, à moins qu'il ne prouve qu'elle lui a été surprise par fraude, ou extorquée par violence.

Quand il n'y a point de quittance, peut-on admettre la femme à la preuve que ses effets mobiliers ont néanmoins été remis au mari ? Nous ne le pensons pas. Elle ou ses parens doivent s'imputer de ne l'avoir point exigée. Si on recevait cette preuve, il n'y aurait plus rien de certain, et l'on ouvrirait la porte à des contestations interminables.

Si la quantité ou la valeur des meubles que les conjoints possédaient lors du mariage, ne sont point constatées par le contrat qui en contient les conventions, il n'est pas douteux que l'on peut les établir par d'autres actes, comme des inventaires ou des partages.

M. Pothier enseigne même que cette quantité ou cette valeur peuvent se justifier par un état fait entre les conjoints

sous seing privé, et que ni l'un ni l'autre n'est recevable à l'attaquer, après l'avoir souscrit, parce qu'on n'est pas recevable à exciper de sa propre fraude. Mais la femme ne pourrait-elle pas alléguer celle de son mari et son empire sur elle? Cela dépend beaucoup des circonstances.

Enfin, lorsqu'il n'y a aucun acte par lequel on puisse justifier la quantité du mobilier que l'un ou l'autre conjoint avait lors du mariage, la preuve peut en être faite par la commune renommée. Telle est sur ce point la doctrine de M. Pothier. Elle peut souffrir difficulté, au moins par rapport au mari, dans les principes du Code civil, qui exige toujours à son égard un inventaire ou autre titre équivalent.

1388. Chaque époux a le droit de reprendre et prélever sur les biens de la communauté, lors de sa dissolution, la valeur du mobilier qu'il y a apporté lors du mariage ou qui lui est échu depuis, en sus de ce qu'il s'est obligé d'y faire entrer.

1388. After the dissolution, each consort has a right to take back, before partition, out of the property of the community, the value of the moveable property which he brought into it at the marriage or which accrued to him after it, over and above what he bound himself to bring into the community.

---

* *C. N.* 1503. } Chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté.

Voy. *Pothier*, *Comm.*, sur art. 1385 et *C. C. B. C.*, art. 1830.

* 3 *Delvincourt*, n° 2 de la page 43. } Il existe une grande différence entre les propres réels, et les meubles réalisés, dits *propres conventionnels* ou *fictifs*. Les premiers sont propres de communauté, même à l'égard des tiers ; ils ne se confondent point avec les biens de la communauté, qui n'en a que la jouissance, la propriété résidant toujours dans la personne du conjoint auquel ils appartiennent, et sans le consentement duquel ils ne peuvent être aliénés. Les meubles réalisés, au contraire, se confondent, par le fait, avec les autres objets faisant partie de la communauté, et peuvent être en conséquence aliénés par le mari seul, sans le concours de sa femme, quand même ils appartiendroient à cette dernière. La réalisation n'a donc aucun effet à l'égard des tiers. Quant au conjoint, elle donne seulement à celui d'entr'eux qui l'a stipulée, le droit de prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur des objets stipulés propres (1).

(1) *La valeur des objets stipulés propres.* Quelle valeur ? Est-ce celle qu'ils avoient au moment de l'apport, ou celle qu'ils ont au moment de la dissolution ? C'est la valeur qu'ils avoient au moment de l'apport ; car c'est réellement cette valeur que l'époux a apportée à la communaute. D'ailleurs, comme on vient de le dire, les meubles réalisés sont biens de la communauté, comme les meubles non réalisés. La communauté en est donc devenue réellement propriétaire, du moment de l'apport, à charge de restitution. C'est donc une espèce de prêt de consommation ; et il faut en appliquer le principe. Par la même raison, je pense que, s'il existoit encore des effets mobiliers en nature, au moment de la dissolution, l'époux n'auroit pas le droit de les prélever, comme on ne pourroit l'obliger de les reprendre ; tout au plus pourroit-on, si les objets étoient précieux, appliquer l'article 1509, et donner à la femme le droit de les reprendre, en les précomptant sur sa part, pour la valeur qu'ils ont au moment de la reprise. Mais je pense aussi que ces dispositions ne seroient pas applicables au cas où l'apport consisteroit en dettes actives.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1503 *C. N.* } 349. La rédaction de cet article présente une grande difficulté. En faisant entrer les meubles qui échoient aux conjoints depuis le ma-

riage, en déduction de leur apport à la communauté, et en leur donnant indistinctement la reprise du surplus, il semble décider que la seule convention de mise en communauté opère la réalisation, tant des meubles présens que de ceux futurs.

Mais cela est contraire aux principes admis et reçus jusqu'à présent ; principes auxquels le Code civil n'a encore rien changé.

Il est certain que la réalisation tacite du mobilier ne peut pas avoir un effet plus étendu que la clause expresse. Si des parties ont dit que des biens qu'elles apportent en se mariant, il en entrera en communauté jusqu'à concurrence de telle somme, par exemple, de dix mille francs, et que le surplus leur demeurera propre, cette convention ne s'applique qu'aux meubles qu'elles ont lors du mariage. La réalisation ne s'étend pas à ceux qui leur viennent par la suite. C'est un point constant, enseigné par tous les auteurs (Dumoulin, Renusson, Duplessis, Pothier, Bourjon, Lemaître, Ricard, Argou, le Grand, sur Troyes, tous les commentateurs de Coutumes ; Louet et Brodeau ; Denisart, le Nouveau Répertoire, etc.) Il n'y a ni doute, ni incertitude. Donc la réalisation tacite résultant de la seule convention d'apport, ne peut pas opérer davantage.

Pour détruire un point de Droit aussi constant, aussi ancien, et aussi uniforme, il faudrait une disposition bien précise. Non-seulement elle ne se trouve point dans le Code civil, mais au contraire il confirme très-évidemment les anciens principes, quoique virtuellement.

Le premier projet portait en effet que, quand les époux conviennent d'un apport déterminé à la communauté, ils sont, par cela seul, censés en exclure tout le surplus de leur mobilier *présent et futur*. De là résultait l'abrogation des anciennes maximes.

Les derniers termes *présent et futur* ont été supprimés, et de là résulte le maintien de l'ancien Droit.

Les auteurs du premier projet avaient rédigé leur article

129, qui forme celui qui nous occupe, dans le sens de la disposition précédente. Les membres de la section de Législation du Conseil, en réformant celle-ci, n'ont pas pris garde que l'autre n'était plus en harmonie avec la première ; et comme cet article a été adopté sans discussion, la dissonance n'a pas été relevée.

Quoi qu'il en soit de la rédaction de l'article 1500, et de la suppression qui a été faite dans celui du premier projet auquel il correspond, ayant laissé subsister les anciennes règles il ne faut appliquer celui que nous examinons, qu'au cas où les meubles à échoir aux conjoints pendant le mariage, ont été expressément réservés propres. Ainsi après les termes *ou celui qui lui est échu depuis,* on doit suppléer ceux, *s'il a été stipulé propre.*

En effet, dans ce cas, il s'impute sur l'apport jusqu'à concurrence, comme celui que les conjoints possédaient lors du mariage. Mais s'il n'a point été expressément réservé, il ne s'impute pas, parce qu'il tombe dans la communauté, et que le conjoint à qui il est échu n'en a pas la reprise.

Au reste, cet article confirme ce que nous avons dit un peu plus haut, que tous ces meubles entrent de fait dans la communauté, et que le conjoint qui les a réservés a seulement contre elle une créance du montant de leur valeur.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1503 *C. N.* } Mais comment établiront-ils l'existence de ce mobilier au-dessus de celui qu'ils se sont constitué ? L'article suivant détermine bien comment les époux doivent constater le mobilier échu pendant le mariage, mais aucun ne parle du mobilier existant à l'époque du mariage. Je crois que dans ce cas il faut suivre la doctrine de Pothier que nous avons exposée sur l'article précédent, et je ne crois pas même que les mots, *le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve,* qui terminent l'article 1415, soient applicables au cas actuel ; je pense qu'il faut les borner aux successions échues au mari pendant le mariage, dont parlent

tant ledit article 1413, que ceux qui le précèdent et le suivent, et comme l'explique encore l'article 1504. Il ne parle que du mobilier *échu* au mari pendant le mariage ; et en effet le mari n'est pas plus obligé que la femme et les parens de celle-ci, à faire inventaire du mobilier existant à l'époque du contrat.

---

* 1 *Rogron, sur art.* 1503 *C. N.* } *De la communauté.*—QUESTION. *La communauté devient-elle propriétaire du mobilier exclu de la communauté?* La cour de Paris a consacré l'affirmative : " Considérant que la clause par laquelle les époux excluent de la communauté tout ou partie de leur mobilier, a pour effet, aux termes de l'article 1503 du Code civil, de leur donner le droit de reprendre, lors de la dissolution de la communauté, la valeur du mobilier qu'ils se sont réservée ; qu'il en résulte que la communauté, débitrice de cette valeur, a acquis la propriété de ce mobilier qui se trouve confondu avec les autres effets et valeurs, dont le mari, comme chef de la communauté, a le droit de disposer ; considérant que les époux Duguer étaient mariés sous le régime de la communauté ; que la créance de 14,000 fr. dont il s'agit (donnée aux époux pendant le mariage) est tombée dans la communauté, tant pour la part afférente au mari que pour la part afférente à la femme ; considérant d'ailleurs que cette créance a été saisie par les créanciers de Duguer, avant la demande en séparation formée par sa femme ; met le jugement dont est appel au néant, en ce qu'il reconnaît à la dame Duguer le droit de reprendre une somme de 7,000 fr. sur les fonds saisis par les créanciers." (Arrêt du 15 avril 1837, Dall., ann. 1837, II, 163.) La même cour a rendu plusieurs arrêts semblables. Dans un de ces arrêts elle juge qu'on ne peut pas distinguer là où la loi ne distingue pas, ni établir une différence entre les meubles corporels qui se consomment par l'usage, et les incorporels, tels qu'un fonds de commerce ; qu'on ne peut, à l'aide de suppositions ou d'interprétations, établir des distinctions arbitraires. (Arrêt du 11 mai 1837. Dall., *ibid.*)

[ARTICLE 1389.]

La valeur—QUESTION.—*Est-ce la valeur qu'avait l'apport au moment où il a été fait, ou bien sa valeur au moment de la dissolution?* Il paraît que c'est sa valeur au moment où il a été effectué; car la communauté en a été propriétaire, et c'est pour elle qu'il a diminué.

1389. [Dans le cas de l'article précédent, le mobilier qui échoit à chacun des conjoints pendant le mariage doit être constaté par un inventaire ou autre titre équivalent.

Au cas du mari, le défaut de tel inventaire ou titre le rend non recevable à exercer la reprise du mobilier qui lui est échu pendant le mariage.

Si au contraire il s'agit de la femme, il lui est loisible ainsi qu'à ses héritiers de faire, en pareil cas, preuve soit par titre, soit par témoins et même par commune renommée, du mobilier qui lui est ainsi échu.]

1389. [In the case of the preceding article, the moveable property which accrues to either consort during marriage must be established by an inventory or some other equivalent title.

As regards the husband, in default of such inventory or title, he forfeits his right to take back the moveable property which has fallen to him during the marriage.

As regards the wife, on the contrary, she or her heirs are, in such case, admitted to make proof either by titles or by witnesses, or even by common rumor, of the moveable property, thus accrued to her.]

---

* *C. N.* 1504. } Le mobilier qui échoit à chacun des époux pendant le mariage, doit être constaté par un inventaire.

[ARTICLE 1389.]

A défaut d'inventaire du mobilier échu au mari, ou d'un titre propre à justifier de sa consistance et valeur, déduction faite des dettes, le mari ne peut en exercer la reprise.

Si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve, soit par titre, soit par témoins, soit même par commune renommée, de la valeur de ce mobilier.

Voy. *Pothier, Comm.*, cité sur arts. 1385 et 1387 et *C. C. B. C.*, art. 1832.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1504. } *Ou d'un titre propre à justifier*, etc. Ceci confirme la doctrine de Pothier, n° 300, que l'existence du mobilier peut s'établir autrement que par un inventaire.

---

* 1 *Rogron, sur art.* 1504 *C. N.* } *Echu au mari.*—QUESTION. *Les héritiers du mari ne pourraient-ils, comme lui, invoquer que ces sortes de preuves?* Les héritiers, en général, n'exercent que les droits de leur auteur: il est donc douteux qu'on puisse argumenter de ces mots, *échu au mari*, pour en conclure que c'est à lui seul que la loi a voulu imposer la peine de sa négligence. Le *titre* dont parle l'article serait, par exemple, un acte de partage.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1504 *C. N.* } 350. Le premier projet accordait à l'un et à l'autre époux la faculté de faire preuve par commune renommée, de la consistance du mobilier échu pendant le mariage; mais dans le cas seulement où il y aurait lieu de croire que l'inventaire aurait été omis dans le dessein d'avantager indirectement l'autre époux.

La Cour de Cassation ne demandait qu'une légère suppres-

sion qui rendait la rédaction plus claire, sans rien changer à la disposition.

Celle d'Orléans proposait de rendre la règle absolue, même à l'égard de la femme.

Mais les Cours de Bourges et de Rouen ont observé que l'on ne pouvait point imputer à la femme le défaut d'inventaire ; que c'est le mari qui est obligé d'y faire procéder ; et qu'en conséquence ce n'est qu'à la femme que l'on peut accorder la faculté de faire la preuve.

C'est d'après ces observations qui sont conformes aux vrais principes, que la section de Législation, en réformant la disposition du premier projet, l'a rédigée telle qu'elle est en cet article.

Elle est, comme on voit, absolue à l'égard du mari. Le défaut d'inventaire ou d'un titre équivalent, comme un partage, un compte, ou autre acte authentique, le rend non recevable à exercer la reprise des meubles qui peuvent lui être échus pendant le mariage. On n'examine point si c'est ou non dans le dessein d'avantager sa femme qu'il a négligé cette formalité, et l'on ne peut l'admettre à aucune preuve.

Quant à la femme, comme le mari est responsable vis-à-vis d'elle de sa négligence, elle est admise, ainsi que ses héritiers, à constater par tous les moyens qui sont en son pouvoir, qu'il lui est échu des meubles, ainsi que leur quantité et leur valeur.

Ses héritiers jouissent de la même faculté.

C'est avec raison que cet article ne parle que des meubles échus depuis le mariage. La femme ni ses héritiers, ainsi que nous l'avons dit sur l'article 1502, ne peuvent pas être reçus à cette preuve relativement à ceux qu'elle possédait lors de la célébration.

---

§ 2. *De la clause d'ameublissement.*

1390. La clause d'ameublissement est celle par laquelle les époux ou l'un d'eux, font entrer en communauté tout ou partie de leurs immeubles présents ou futurs.

§ 2. *Of the clause of mobilization.*

1390. The clause of mobilization is that by which the consorts, or either of them, bring into the community the whole or a portion of their immoveables, whether present or future.

---

* *C. N.* 1505. } Lorsque les époux ou l'un d'eux font entrer en communauté tout ou partie de leurs immeubles présens ou futurs, cette clause s'appelle *ameublissement.*

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Int. tit.* 10, *Cout. d'Orléans*, *nos* 52 *et s.* } 52. Il y a différentes clauses d'ameublissement. Il y en a de générales, comme lorsque les conjoints stipulent une communauté de tous biens : une telle clause comprend l'ameublissement de tous les biens des conjoints, de quelque nature qu'ils soient, même de leurs propres anciens. — C'est une question si cette communauté s'étend aux immeubles qui écheraient durant icelle par succession aux conjoints ? Suivant les lois romaines, la société de tous les biens s'y étendait. L. 3, § 1, ff. *pro socio.* Mais les clauses d'ameublissement étant parmi nous de droit étroit, il y a de la difficulté à étendre la communauté de tous biens à d'autres immeubles qu'à ceux que les conjoints avaient lors du contrat, lorsque ceux à venir ne sont pas expressément compris dans la clause. —La clause, que les successions seront communes, renferme aussi ameublissement général de tous les immeubles qui aviendront à titre de succession. Ceux qui sont donnés ou

légués aux conjoints par leurs ascendants sont aussi compris dans cette clause : car ces titres tiennent lieu de succession.

53. Quelquefois l'ameublissement est d'un corps certain et déterminé, comme lorsqu'on met dans la communauté une *telle maison*, une *telle métairie*. — L'immeuble ainsi ameubli est aux risques de la communauté s'il vient à périr en tout ou en partie. — Si la communauté souffrait éviction de ce propre ameubli, pour une cause qui existât dès le temps du contrat, le conjoint qui a fait l'ameublissement, serait-il tenu de l'éviction envers la communauté ? Il faut distinguer. Si la clause commençait par une promesse du conjoint d'apporter une certaine somme en communauté, en paiement de laquelle il eût apporté un certain héritage, il n'est pas douteux qu'il serait tenu de l'éviction et obligé de fournir à la communauté en autres effets la somme qu'il s'est obligé d'y apporter : car la prestation par lui faite d'une chose que la communauté n'a pu conserver, n'est pas un paiement valable qui ait pu le libérer de son obligation ; L. 98, ff. *de solut.* Si la clause porte simplement que le conjoint a apporté en communauté un *tel héritage*, il y en a qui décident indistinctement qu'il n'y a pas lieu en ce cas à la garantie. Je pense qu'il faut encore distinguer. Lorsque l'apport que j'ai fait de cet héritage compose un apport égal à celui de l'autre partie, je crois que je dois en ce cas être obligé envers elle à la garantie et, en conséquence, tenu de conférer en autres effets la valeur de cet héritage ; cette obligation de garantie étant de la nature de tous les contrats commutatifs, tel qu'est en ce cas le contrat de communauté de biens que j'ai contracté. Mais si l'autre conjoint n'avait de sa part rien apporté en communauté, ou si, outre cet héritage, j'avais d'ailleurs apporté autant que lui, en ce cas l'apport que j'ai fait de cet héritage étant un titre lucratif pour l'autre conjoint, je ne dois pas être obligé envers lui à la garantie, qui n'a pas lieu dans les titres lucratifs. — A l'égard de celui qui a fait un ameublissement général, il est clair qu'il ne peut être tenu d'aucune éviction : car, par cet ameublissement général, il n'entend mettre en

communauté que les immeubles qui lui appartiennent, et seulement autant qu'ils lui appartiennent.

54. Lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, que pour composer l'apport de la femme le mari pourra vendre un certain héritage de la femme, dont le prix entrera en communauté, une telle clause ne contient pas l'ameublissement de cet héritage : car ce n'est pas l'héritage qu'on a entendu mettre en communauté, mais le prix qu'il serait vendu. S'il ne l'a pas été, la femme ou les héritiers, lors de la dissolution de communauté, seront débiteurs envers la communauté du prix qu'il vaut et peut être vendu.

55. Quelquefois l'ameublissement n'est déterminé à aucun corps certain ; comme lorsqu'il est dit que le conjoint apporte ses biens meubles et immeubles jusqu'à la concurrence de la somme *de tant;* ou lorsqu'il est dit que le conjoint apporte en la communauté une certaine somme à prendre sur ses meubles, ou pour ce qui s'en manquerait, sur ses immeubles, lesquels jusqu'à concurrence sortiront nature de conquêts. Si quelqu'un des héritages du conjoint qui a fait un tel ameublissement, venait à périr en tout ou en partie, on n'en peut pas faire tomber la perte sur la communauté : car, tant que l'ameublissement n'est pas déterminé à aucun héritage, on ne peut dire que l'héritage qui est péri fût celui qui a été mis en communauté, ni par conséquent que la communauté en doive supporter la perte.—C'est par cette raison qu'il a été jugé par arrêt rapporté par Mornac, que, lorsqu'une femme avait fait un ameublissement indéterminé, le mari ne pouvait aliéner aucun des immeubles de sa femme. Je pense néanmoins qu'il le peut : car les ameublissements se faisant principalement pour qu'il y ait un fonds de communauté dont le mari puisse disposer lorsqu'il le jugera à propos, on doit supposer que cet ameublissement renferme un pouvoir que la femme donne à son mari d'aliéner tels de ses immeubles qu'il jugera à propos, jusqu'à la concurrence de la somme portée par la clause d'ameublissement, et de déter-

miner, par cette aliénation, l'ameublissement aux héritages qu'il aliénera.

56. Le propre ameubli étant un conquêt conventionnel, et les conventions n'ayant d'effet qu'entre les parties entre qui elles sont faites, (L. 27, § 4, ff. *de pact.*) il suit de là, que le propre ameubli par l'un des conjoints ne doit être réputé pour tel que vis-à-vis l'autre conjoint ou ses héritiers, ou ses ayants cause ; mais vis-à-vis d'autres personnes il conserve sa nature.—C'est pourquoi, si le propre ameubli est un ancien propre du conjoint qui a fait l'ameublissement, cet héritage, pour la part qui en demeurera à ce conjoint, ou pour le total, s'il lui demeure pour le total par le partage des biens de la communauté, appartiendra dans sa succession à l'héritier aux propres de la ligne d'où il procède ; il sera sujet aux réserves coutumières, etc.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *n°* 303. } 303. La *convention d'ameublissement* est une convention par laquelle les parties, ou l'une d'elles, font entrer dans leur communauté conjugale tous leurs immeubles, ou quelques-uns d'eux.

Cette convention est appelée convention d'*ameublissement ;* et les immeubles des conjoints qui, en conséquence de cette convention, entrent en communauté, sont appelés *propres ameublis ;* parce que cette convention fait entrer dans la communauté ces immeubles, de la même manière que les meubles y entrent, et qu'elle donne au mari le même pouvoir sur ces immeubles, qu'il a sur les meubles.

Cette convention donne à la communauté conventionnelle plus d'étendue que n'en a la communauté légale, en y faisant entrer des immeubles qui n'entrent pas dans la communauté légale.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1505. } 351. Comme on peut exclure de la communauté les biens qui y entrent naturellement, ainsi que les meubles, ce qui s'appelle réalisa-

tion ou immobilisation ; on peut de même y faire tomber les choses qui n'en sont pas susceptibles dans la règle ordinaire. Tels sont les immeubles que les conjoints possèdent au temps du mariage, ce qui s'appelle, par opposition, ameublissement.

On peut ameublir tous ses immeubles comme quand on contracte une communauté de tous biens. Nous en parlerons plus bas sur l'article 1526.

On fait encore un ameublissement général quand les époux conviennent que les successions qui pourront leur échoir pendant le mariage entreront dans la communauté ; car cette convention renferme l'universalité des biens dont ces successions se trouveront composées, soit meubles, soit immeubles.

Lorsqu'on met en communauté quelques-uns seulement de ses immeubles, c'est un ameublissement particulier.

Il n'est pas nécessaire d'employer le terme *ameublir.* Il y a ameublissement lorsqu'il est dit que le conjoint apporte ses immeubles en communauté, jusqu'à concurrence de telle somme, ou qu'il apporte cette somme à prendre jusqu'à due concurrence sur ses immeubles, ou sur tel d'iceux. Dans le premier cas, l'ameublissement est général ; dans le second, il est particulier ; dans l'un et l'autre, il est indéterminé.

Observez que l'ameublissement doit être exprès. Il ne s'établit point par induction. Le conjoint qui, ne possédant aucun meuble lors de son mariage, promet purement et simplement d'y apporter une telle somme, n'ameublit point pour cela ses immeubles. Ils n'en sont pas moins propres. Il faut, pour qu'il y ait ameublissement, qu'il donne cette somme à prendre sur ses immeubles. On stipule souvent que le conjoint mettra en communauté une telle somme, à prendre d'abord sur ses meubles, et pour ce qui s'en manquera, *sur ses immeubles.* Alors il y a ameublissement. Il résulte des derniers termes. Sans eux il n'y en aurait point.

Cette convention, comme celle de réalisation, est de Droit étroit. Elle ne s'étend pas d'un cas à un autre ; et son effet se règle strictement par les termes dans lesquels elle est conçue.

Il n'y a plus lieu à la question de savoir si un mineur est

capable de consentir la clause d'ameublissement. Il a cette capacité avec l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. Il ne peut pas la consentir seul, ni même avec l'autorité de son tuteur. Il y aurait lieu en sa faveur au bénéfice de restitution.

---

* 1 *Rogron, sur art.* 1505 *C. N.* } *Ameublissement.* Les meubles seuls tombant de plein droit dans la communauté, il faut que les époux, pour y faire entrer leurs immeubles, leur donnent la qualité de meubles : c'est ce que l'on nomme *ameublissement.* Cette clause est opposée à celle de stipulation de propre ou de réalisation, car cette dernière restreint la communauté, tandis que la clause d'ameublissement l'étend. Quand la loi parle de l'ameublissement des immeubles *futurs* des époux, il est évident qu'il s'agit seulement des immeubles qu'ils acquerront à titre gratuit, puisque les immeubles acquis à titre onéreux tombent dans la communauté (art. 1401, nº 3). Un mineur pourrait-il ameublir? Oui ; car il peut, par contrat de mariage, faire toutes les conventions permises aux majeurs (art. 1398).

---

* *Renusson, Des Propres, ch.* 6, *sec.* 8, *nos* 1, 2, 3, 17. } 1. Nous avons dit que les meubles des conjoints peuvent estre stipulez propres par contract de mariage, et l'effet de cette stipulation est de les exclure de la communauté, *è converso*, les propres peuvent estre ameublis, et estre reputez meubles par contract de mariage, et l'effet de cet ameublissement est de faire entrer les propres ameublis dans la communauté.

2. L'ameublissement se peut faire en plusieurs manières, on peut convenir qu'on ameublit des propres jusques à concurrence d'une somme certaine qui entrera dans la communauté, ou on peut convenir qu'il sera vendu des propres de l'un ou l'autre des conjoints, et que le prix entrera en la commu-

nauté, ou l'on peut convenir que le propre mesme entrera dans la communauté sans parler d'ameublissement, ny de le vendre, comme quand on convient qu'un heritage propre sera reputé conquest de la communauté.

3. La convention d'ameublissement est licite et permise par contract de mariage entre majeurs; on peut mesme ameublir tous les immeubles, car comme il est permis aux conjoints de se donner par contract de mariage tous leurs biens, à plus forte raison il leur est permis d'ameublir tous leurs immeubles, l'ameublissement a moins d'étenduë que la donation entre vifs, car celuy qui donne, aliene et se dépoüille, mais celuy qui ameublit n'aliene pas tout à fait ses immeubles, il les met seulement en communauté, et si la communauté augmente il participe à l'augmentation.

17. Quand il est dit qu'on ameublit des immeubles jusques à concurrence d'une somme certaine qui entrera en la communauté, ce n'est pas le corps de l'immeuble qui entre en la communauté, c'est seulement la somme certaine dont on est convenu, les immeubles en sont chargez, et demeurent affectez et hipothequez, ou payement d'icelle, ou plûtost c'est un droit et une action d'une somme certaine, qui est acquise à la communauté sur l'immeuble que l'un ou l'autre des conjoints a voulu ameublir. Par exemple si on a ameubly des immeubles de la féme jusques à concurrence d'une certaine sôme; la féme conserve toûjours la proprieté de ses immeubles, et elle en demeure toûjours la proprietaire, mais elle doit à la communauté la somme convenuë, et ses immeubles en demeurent chargez; son mary comme maistre de la communauté ne les peut vendre et aliener, mais il les peut hipothequer jusques à concurrence de la somme convenuë que l'on a voulu faire entrer en la communauté, ce qui a donné lieu à plusieurs questions.

---

4 *Zachariæ*, (*Massé et Vergé*), § 657. } § 657. *De la clause d'ameublissement.* Les futurs époux (1) peuvent, dans leur contrat de mariage, convenir que leurs immeubles présents ou à venir, c'est-à-dire les immeubles qu'ils possèdent à l'époque de la célébration du mariage ou qu'ils acquerront à titre gratuit pendant le mariage, seront ameublis, c'est-à-dire assimilés au mobilier, art. 1505 : c'est ce qu'on appelle la *clause d'ameublissement.*

Dans le doute, l'ameublissement ne se présume pas plus que la réalisation ou l'immobilisation dont il est l'inverse (2) ; et si son existence est établie, il ne peut être étendu au delà du sens littéral de la clause contenue dans le contrat de mariage. Si donc les futurs époux ont déclaré ameublir tous leurs immeubles, la clause ne saurait s'appliquer qu'aux immeubles présents (3).

(1) Soit l'un des époux, soit tous les deux, art. 1505 ; Pothier, n. 291. Par la même raison, les deux époux ne sont pas tenus d'ameublir leurs immeubles de la même manière, Duranton, 15, n. 54 et s. [L'ameublissement étant une convention matrimoniale, et non une donation bien qu'il puisse en résulter un certain avantage, il en résulte qu'il suffit pour être capable de le consentir d'être capable de contracter mariage, suivant la maxime *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia.* Le mineur habile à se marier est donc habile à consentir une clause d'ameublissement ; et on n'admettrait plus aujourd'hui l'ancienne jurisprudence qui limitait au tiers l'ameublissement des biens de l'époux mineur, Duranton, 15, n. 56 ; Odier, 2, n. 799 ; Rodière et Pont, 2, n. 154 ; Troplong, n. 1984 ; Marcadé, sur l'art. 1505 ; Dalloz, n. 2752.] (MASSÉ et VERGÉ)

(2) [L'ameublissement, étant une dérogation au droit commun qui régit les immeubles en matière de communauté, ne peut être reconnu que lorsqu'il est stipulé d'une manière expresse, sinon sacramentelle : on ne peut le faire résulter de l'appréciation des circonstances de la cause et de l'intention présumée des parties, Cass., 14 nov. 1855, S. V., 56, 1, 11 ; Odier, 2, n. 804 ; Rodière et Pont, 2, n. 143 ; Troplong, n. 1986 ; Marcadé, sur l'art. 1505.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) Delvincourt, 3, p. 82 ; Duranton, 15, n. 57 et s. ; [Odier, 2, n. 805 ; Rodière et Pont, 2, n. 143 ; Troplong, n. 1986 ; Marcadé, sur l'art. 1505. L'ameublissement, en effet, est une fiction, et, comme toutes les fictions, il est de droit étroit.] (MASSÉ et VERGÉ.)

[ARTICLE 1390.]

L'ameublissement est ou *parfait* ou *imparfait* : *parfait*, si dans le contrat de mariage les immeubles ont été apportés en communauté comme meubles d'une manière générale et absolue; *imparfait*, s'ils n'ont été apportés que jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (1).

(1) [L'ameublissement *parfait* répond à l'ameublissement *déterminé* de l'art. 1506; et l'ameublissement *imparfait* à l'ameublissement *indéterminé* du même article. L'ameublissement parfait, qui est à proprement parler l'ameublissement véritable, est le seul qui fasse entrer les immeubles dans la communauté comme s'ils étaient meubles : l'ameublissement imparfait n'est pas un ameublissement puisqu'il ne fait pas entrer les immeubles dans la communauté, et qu'il ne donne à la communauté jusqu'à concurrence d'une certaine somme qu'un certain droit sur les immeubles, droit qui n'est pas un droit de propriété, arg. art. 1506 et 1507. Cette différence entre ces deux sortes d'ameublissement est mieux indiquée par la dénomination d'ameublissement parfait ou imparfait, que par celle d'ameublissement déterminé ou indéterminé. La dénomination d'ameublissement déterminé ou indéterminé a d'ailleurs l'inconvénient de prêter à l'équivoque et de faire croire, d'une part, que l'ameublissement n'est déterminé, dans le sens juridique, que lorsqu'il a pour objet un immeuble spécialement déterminé, tandis qu'il est, au contraire, possible d'ameublir de la manière la plus parfaite tous les immeubles présents ou à venir, sans autre détermination, de l'époux qui consent à l'ameublissement; et de faire croire, d'autre part, qu'il est toujours indéterminé, dans le sens juridique, quand il n'a pas pour objet tel ou tel immeuble spécialement déterminé, mais un ensemble collectif d'immeubles, comme tous les immeubles présents et à venir; tandis qu'au contraire, un ameublissement déterminé, dans le sens propre, n'est parfait que lorsqu'il a pour objet de rendre la communauté propriétaire de l'immeuble, et est imparfait s'il ne fait qu'affecter l'immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme; et que, d'un autre côté, un ameublissement indéterminé, dans le sens propre, n'est imparfait que lorsqu'il se borne à affecter les immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme, et est, au contraire, parfait quand il fait entrer les immeubles dans la communauté comme des meubles. C'est pourquoi, dans ce paragraphe, nous emploierons la dénomination d'ameublissement *parfait* et *imparfait*, à la place de la dénomination d'ameublissement *déterminé* et *indéterminé* adoptée par le Code, comme reproduisant d'une manière plus exacte le sens attaché par les art. 1506 et s. aux mots *déterminé* et *indéterminé*. V. sur cette classification de l'ameu-

[ARTICLE 1391.]

1391. L'ameublissement est général ou particulier.

Il est général, quand les époux déclarent vouloir être communs en tous biens, ou que toutes les successions qui leur aviendront seront communes.

Il est particulier, lorsqu'ils ont promis seulement d'apporter à la communauté quelques immeubles déterminés.

1391. Mobilization is either general or special.

It is general when the consorts declare their intention of being in community as to all their property, or that all successions falling to them shall belong to the community.

It is particular when they have only undertaken to bring into the community some determinate immoveables.

Voy. autorités sur art. 1390.

blissement, Marcadé, sur l'art. 1506. V. aussi dans un sens analogue, Toullier, 13, n. 329; Duranton, 15, n. 62; Odier, 2, n. 802. V. cependant Rodière et Pont, 2, n. 149 et s.; Demante, *Progr.*, 3, p. 169; Troplong, n. 1990 et s. — Il résulte d'ailleurs de ce qui précède que la distinction des ameublissements en parfaits et imparfaits est indépendante de leur distinction en ameublissements généraux et particuliers.] — *Quid*, si un immeuble déterminé est ameubli pour une quotité déterminée, par exemple, pour moitié? L'ameublissement doit être considéré jusqu'à due concurrence comme un ameublissement parfait et déterminé, Duranton, 15, n. 62 et s. Delvincourt, 3, p. 83, est d'un autre avis : il considère l'ameublissement comme imparfait. [Mais l'ameublissement serait imparfait si, au lieu de faire entrer dans la communauté une partie aliquote d'un immeuble, on se bornait à apporter un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme.] — La clause par laquelle un époux apporte à la communauté une somme d'argent déterminée, avec stipulation que cette somme sera faite au moyen du prix de vente d'un immeuble déterminé à lui appartenant, ne doit pas être confondue avec la clause d'ameublissement même imparfait. V. Duranton, 15, n. 69. (Massé et Vergé.)

* 7 *Pothier(Bugnet), Comm.* } 304. Il y a différentes espèces
nos 304, 305. } d'ameublissement; il y a des *ameublissements* généraux, il y en a de *particuliers*.

C'est un *ameublissement général*, lorsqu'on apporte à la communauté une universalité de biens immeubles; comme lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, " que les futurs conjoints seront communs en tous biens."

C'est une question, si cette communauté de tous biens comprend seulement l'universalité des biens présents des conjoints, ou si elle s'étend à tous ceux qui leur adviendront dans la suite durant la communauté.

Par le droit romain, la société de tous biens comprenait les biens présents et à venir, à quelque titre qu'ils advinssent. La loi 3, § 1er, ff. *Pro socio*, en a une disposition formelle, il y est dit: *Quùm specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hæreditas et legatum, et quod donatum est, aut quâquâ ratione acquisitum, communioni acquiretur.*

Dans notre jurisprudence, les conventions d'ameublissement, de même que celles de réalisation, étant de droit étroit, il y a de la difficulté à adopter la décision de cette loi, et à étendre la stipulation d'une communauté de tous biens, aux biens à venir, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées.

C'est encore un ameublissement général, lorsque les parties conviennent " que les successions qui leur adviendront durant la communauté, seront communes"; puisque cette convention renferme l'universalité des biens de ces successions, tant des immeubles que des meubles.

305. C'est un *ameublissement particulier* lorsqu'on promet d'apporter en communauté, non l'universalité de ses immeubles, mais quelques immeubles particuliers.

Cet ameublissement est ou *déterminé*, ou *indéterminé*. Il est *déterminé*, lorsque par le contrat de mariage une partie promet d'apporter en communauté *tel* et *tel* immeuble.

Au contraire, lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, " que l'un des futurs conjoints apportera à la communauté ses biens meubles ou immeubles, *jusqu'à concurrence de tant*";

ou bien lorsqu'il est dit " que le conjoint apportera en la communauté une *certaine somme,* à prendre d'abord sur ses meubles, et pour ce qui s'en manquerait, sur ses immeubles, *lesquels jusqu'à concurrence sortiront nature de conquêts* " ; ces clauses contiennent un *ameublissement indéterminé.*

Observez que dans la dernière de ces clauses, ce sont ces termes, *lesquels jusqu'à concurrence sortiront nature de conquêts,* qui renferment l'ameublissement, et qui différencient cette clause de la simple convention d'apport d'une certaine somme; car, par ces derniers termes, le futur conjoint ne promet pas simplement d'apporter à la communauté une certaine somme, et de s'en rendre débiteur envers elle ; mais il promet, pour ce qui manquera du prix de ses meubles, qui doivent entrer en communauté afin de remplir la somme fixée pour son apport, de mettre quelques-uns de ses immeubles jusqu'à due concurrence dans cette communauté, lesquels y sortiront nature de conquêts : il se rend jusqu'à cette concurrence, débiteur envers la communauté, non d'une simple somme d'argent, mais d'immeubles qu'il promet mettre dans la communauté ; ce qui forme un ameublissement.

Mais, lorsqu'il est dit simplement, " que le futur conjoint promet d'apporter à la communauté la somme *de tant,* à prendre sur ses biens meubles ou immeubles ; " cette convention n'est qu'une simple convention d'apport d'une telle somme, et ne renferme aucun ameublissement ; ces termes, *à prendre sur ses biens meubles et immeubles,* ne signifient autre chose, sinon qu'il hypothèque tous ses biens à cette obligation ; ou bien encore, que, s'il est aliéné durant la communauté quelqu'un de ses immeubles, le prix qui en sera reçu durant la communauté, viendra en déduction, et en paiement de la somme promise pour son apport.

Il en est de même de la clause par laquelle il serait dit dans un contrat de mariage, " que le mari pourrait vendre un certain héritage de la femme, dont le prix entrera en communauté :" cette clause ne renferme pas une convention d'ameublissement ; car ce n'est pas l'héritage que la femme promet

par cette clause d'apporter en communauté, mais la somme qu'il vaut, et pour laquelle il sera vendu. S'il ne l'a pas été, la femme est débitrice à la communauté, non de l'héritage, mais de la somme qu'on estimera qu'il vaut, et qu'il peut être vendu.

---

4 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), p. 189. } L'ameublissement est encore déterminé ou indéterminé, soit d'une manière particulière, soit d'une manière générale, selon qu'il détermine particulièrement ou généralement l'immeuble ou les immeubles qui en font l'objet (1).

Ces deux divisions se coordonnent d'ailleurs entre elles. Ainsi les époux peuvent ameublir tous leurs immeubles présents (2) d'une manière absolue ou seulement jusqu'à

(1) Ici les expressions *déterminé* et *indéterminé* sont prises dans leur sens propre, et non dans le sens juridique que leur attribuent les art. 1506 et s.; et la détermination dont il est ici question est la spécification de l'immeuble ou des immeubles ameublis. L'ameublissement peut donc être général ou particulier, selon qu'il a pour objet une universalité d'immeubles, comme tous les immeubles, ou tous les immeubles présents ou à venir; ou selon qu'il a pour objet un ou plusieurs immeubles spécialement désignés. Et, général ou particulier, l'ameublissement peut être parfait ou imparfait selon qu'il fait entrer dans la communauté l'immeuble ou les immeubles qu'il a pour objet, ou selon que l'immeuble ou les immeubles auxquels se rapporte la déclaration ne sont apportés en communauté que jusqu'à concurrence d'une certaine somme. V. cependant Troplong, n. 1988 et s.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) [C'est-à-dire en faire l'objet d'un ameublissement général soit parfait, soit imparfait. V. la note qui précède.] *Quid*, si les époux ont ameubli tous leurs immeubles présents et à venir? Y a-t-il une différence entre cette clause et la clause de communauté de biens universelle? V. Duranton, 15, n. 52, qui assimile complètement ces deux clauses. [V. dans le même sens, Troplong, n. 1988; Demante, *Progr.*, 3, n. 169 et s. Il faut distinguer: si les deux époux ameublissent parfaitement tous leurs immeubles, cette clause d'ameublissement général et réciproque équivaut, sans aucun doute, à la clause de communauté de biens universelle, puisque tous les biens des époux tombent dans la communauté. V. le paragraphe suivant. Mais si l'ameublissement général n'est consenti

concurrence d'une certaine somme, articles 1506 et 1507, alin. 1 (1).

que par l'un des époux, il ne peut plus être question de communauté universelle, et il ne reste plus qu'une clause d'ameublissement, Marcadé, sur l'art. 1506.] — *Quid,* si les époux ont ameubli tous leurs immeubles présents, et si l'un ou l'autre époux, dans l'intervalle de la signature du contrat de mariage à la célébration, acquiert un immeuble à titre gratuit? Cet immeuble doit-il être considéré comme ameubli? V. Bellot, 3, p. 112. [Cet auteur se prononce pour la négative par le motif que cet immeuble n'a pu entrer dans les prévisions des parties contractantes. Mais nous croyons, au contraire, que l'effet du contrat de mariage saisit tous les biens présents au jour de la célébration, et qu'on ne peut soustraire à son effet les biens antérieurement acquis en donnant à la célébration une sorte d'effet rétroactif au jour du contrat, Rodière et Pont, 2, n. 144; Dalloz, n. 2748. — Il est bien évident d'ailleurs qu'il ne peut y avoir aucun doute relativement aux biens acquis à titre onéreux dans le même intervalle, puisqu'il dépendait des époux de ne pas les acquérir.] (Massé et Vergé.)

(1) Ces articles confondent évidemment deux cas essentiellement distincts. Cependant cette erreur de rédaction est restée sans influence sur l'ensemble des dispositions de la loi. V. art. 1507, alin. 3; et art. 1508, alin. 2. [Il y a entre les art. 1506 et 1507 un défaut de concordance et des contradictions qui ont été signalées par des auteurs, V. Toullier, 13, n. 329; Duranton, 15, n. 62; Odier, 2, n. 802; Marcadé, sur les art. 1505 et 1506; que d'autres auteurs ont cherché à expliquer, V. Rodière et Pont, 2, n. 149 et s.; Troplong, n. 1990 et s.; mais que, selon nous, ils ne sont pas parvenus à faire disparaître. L'art. 1506, définissant l'ameublissement déterminé (parfait), dit que l'ameublissement est déterminé quand l'époux a déclaré ameublir et mettre en communauté un tel immeuble en tout ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Or, la relation établie entre la première et la seconde partie de la disposition constitue une confusion manifeste. L'ameublissement est déterminé quand on déclare mettre en communauté un immeuble en tout : c'est la première partie de la disposition, et elle est exacte bien qu'incomplète. Mais quand la seconde partie de la disposition ajoute : " ...ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme," d'un cas d'ameublissement *indéterminé* (imparfait), il fait un cas d'ameublissement déterminé en confondant la détermination de l'immeuble avec la détermination de l'ameublissement. Il n'y a d'ameublissement déterminé ou parfait que celui par lequel les immeubles qui en font l'objet sont mis en communauté

[ARTICLE 1392.]

1392. L'ameublissement peut être déterminé ou indéterminé.

Il est déterminé, quand l'époux a déclaré ameublir et mettre en communauté un tel immeuble en tout ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Il est indéterminé, quand l'époux a simplement déclaré avoir apporté en communauté ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somm .

1392. Mobilization may be either determinate or indeterminate.

It is determinate, when the consort declares that he brings as moveable into the community, a certain immoveable, either wholly or to the extent of a certain sum. It is indeterminate when the consort simply declares that he brings into the community his immoveables to the extent of a certain sum.

---

* *C. N.* 1506. } L'ameublissement peut être déterminé ou indéterminé.

Il est déterminé quand l'époux a déclaré ameublir et mettre en communauté un tel immeuble, en tout ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

Il est indéterminé quand l'époux a simplement déclaré

d'une manière absolue. L'ameublissement par lequel un immeuble n'y est mis que jusqu'à concurrence d'une certaine somme est indéterminé ou imparfait, parce qu'il n'entre dans la communauté qu'à titre de gage de la somme stipulée. Il importe fort peu alors que l'immeuble soit déterminé ou ne le soit pas, parce que la détermination de l'immeuble n'a aucune influence sur la nature du droit de la communauté sur l'immeuble; et que, dans le cas où un immeuble n'est apporté dans la communauté que jusqu'à concurrence d'une certaine somme, la communauté n'est pas propriétaire de l'immeuble, ainsi que le prouvent les effets attachés par le troisième alinéa de l'art. 1507 à la clause dont l'art. 1506 fait à tort un ameublissement déterminé.] (Massé et Vergé.)

apporter en communauté ses immeubles, jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

Voy. autorités sur arts. 1390, 1391.

---

*, *Lebrun, Comm., Liv.* 1, *ch.* 5, *Dist.* 2, *n°* 7 *et s.* } 7. Les ameublissemens se font en quatre manières.

8. La premiere, en ameublissant de ses propres jusqu'à concurrence d'une certaine somme : et quand la femme a ameubli de cette maniere, lé mari peut vendre des propres de sa femme jusqu'à concurrence de la somme convenue, et n'en doit aucun remploi : s'il n'en a point vendu, il prend à titre de Communauté la moitié de la somme sur les propres de sa femme ; quoique cet ameublissement s'évanouisse, quand il y a une clause de reprise, et qu'elle s'exécute par la femme qui renonce à la Communauté.

9. La seconde est, quand on a dit que le mari pourra vendre des propres de sa femme jusqu'à concurrence d'une somme qui entrera en Communauté : car cette clause est un ameublissement suffisant, et a les mêmes effets que la précedente.

10. La troisiéme est, lorsqu'on ameublit un héritage particulier, à l'effet qu'il entre en Communauté : et en ce cas cet héritage entre en Communauté comme un meuble ; mais supposé que le mari n'en dispose pas, la part de celui qui a fait l'ameublissement ne change point de nature en sa personne, et est propre dans sa succession, supposé que l'héritage lui fût propre avant son mariage, parce qu'il ne se peut pas changer lui-même le titre de sa possession. Si le propre ameubli est évincé, les autres sont subrogés de plein droit pour le partage de la Communauté.

11. La quatriéme, quand on stipule une Communauté de tous biens, même des propres, ce qui semble comprendre les propres futurs, et qui arrivent par succession durant la Communauté : car qui dit tout, n'excepte rien, et en Droit l'hypoteque générale comprend les biens à venir. *L. fin.* Cod. *Quæ res pignori :* aussi les meubles futurs sont indubitable-

ment compris dans cette clause. Quelle raison y a-t-il donc de n'y pas comprendre les propres à échoir, puisqu'il y a une raison commune aux deux genres de biens, qui est, que la Communauté est plutôt du futur que du présent ? Ce qui est si vrai que, comme il vient d'être observé nombre premier, en Païs de Droit écrit, et dans les Coutumes qui n'admettent pas la Communauté, si elle n'est convenuë, la Communauté stipulée ne s'entend pas des meubles présens, mais des meubles à venir.

1393. L'effet de l'ameublissement déterminé est de rendre l'immeuble ou les immeubles qui en sont frappés biens de communauté, comme les meubles mêmes.

Lorsque l'immeuble ou les immeubles de la femme sont ameublis en totalité, le mari en peut disposer comme des autres effets de la communauté et les aliéner totalement.

Si l'immeuble n'est ameubli que pour une certaine somme, le mari ne peut l'aliéner qu'avec le consentement de sa femme ; il peut l'hypothéquer sans ce consentement, mais jusqu'à concurrence seulement de la portion ameublie.

1393. The effect of determinate mobilization is to convert the immoveable or immoveables affected by it into community property, as moveables themselves would be.

When the immoveable or immoveables of the wife are contributed as moveable in whole, the husband may dispose of them as of the other effects of the community and alienate them entirely.

If the immoveable be contributed as moveable only to the extent of a certain sum, the husband cannot alienate it without the consent of his wife; he may however hypothecate it without such consent, but only to the extent of the portion so contributed.

[ARTICLE 1393.]

* C. N. 1507. } L'effet de l'ameublissement déterminé est de rendre l'immeuble ou les immeubles qui en sont frappés, biens de la communauté comme les meubles mêmes.

Lorsque l'immeuble ou les immeubles de la femme sont ameublis en totalité, le mari en peut disposer comme des autres effets de la communauté, et les aliéner en totalité.

Si l'immeuble n'est ameubli que pour une certaine somme, le mari ne peut l'aliéner qu'avec le consentement de la femme; mais il peut l'hypothéquer sans son consentement, jusqu'à concurrence seulement de la portion ameublie.

---

* *Lebrun, Comm., Liv.* 1, *ch.* 5, *dist.* 2, *n°* 13. } En toutes sortes de cas, pour juger des ameublissemens, principalement des généraux, et des Communautés qu'on prétend établies de tous biens, il faut beaucoup étudier l'esprit des Contractans : car il m'a passé des articles de mariage faits à Chambli, et reçus par des Notaires, dans lesquels il était dit, *en faveur duquel mariage, les futurs consentent et accordent être communs en biens, que le futur a dit consister de sa part en maisons, terres et vignes, etc.* Sur quoi on prétendoit que le mari avoit mis tous ses biens en Communauté, et le contexte de la clause sembloit l'exprimer ; cependant il fut résolu qu'il n'y avoit point d'ameublissement général, ni de Communauté de tous biens ; premierement, parce que cette clause commençant par une stipulation de Communauté également consentie par les deux conjoints, dans la suite la femme faisait une stipulation de propres ; ce qui détruisoit déjà de sa part la Communauté de tous biens. Secondement, le mari même stipuloit pour lui des remplois en cas d'aliénation de ses propres : Or il ne faut point de remploi à celui qui a mis tous ses biens en Communauté : car les remplois sont faits pour retirer de la Communauté le prix des biens aliénés ; ainsi la substance de l'Acte prévalant à des expressions mal concertées, il fut dit, que dans cette espèce il y avoit seulement une

Communauté à l'ordinaire, et telle que la Coutume l'auroit établie, si les Parties n'en avoient point parlé dans leur Contrat de mariage.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *n*os 307 *et s.* } 307. Dans le cas d'un ameublissement général, comme lorsque les parties, en se mariant, ont stipulé une communauté de tous biens; aussitôt que le mariage est célébré, tous les héritages et autres immeubles de chacun des conjoints, deviennent effets de communauté.

Pareillement, lorsque par le contrat de mariage il a été convenu que les successions qui écherraient aux conjoints durant le mariage, seraient communes; si durant le mariage il échet quelque succession à l'un ou à l'autre des conjoints, tous les immeubles qui lui écherront de cette succession, aussi bien que les meubles, deviendront, dès l'ouverture de cette succession, effets de la communauté.

Dans le cas d'un ameublissement particulier, lorsqu'il est déterminé, l'un des futurs conjoints ayant, par le contrat de mariage, promis d'apporter à la communauté *tels* et *tels* immeubles, ces immeubles deviennent pareillement, dès l'instant de la célébration du mariage, effets de la communauté.

308. *Corollaire premier.*—Ces immeubles ameublis devenant effets de la communauté, il suit de là qu'ils deviennent en même temps aux risques de la communauté ; et si par la suite ils périssent ou sont détériorés, la perte en tombe, non sur le conjoint qui les a ameublis, mais sur la communauté.

Il n'importe qu'ils soient péris ou détériorés, ou par force majeure, ou par le fait du mari; car le mari étant, durant le mariage, maître absolu de tous les biens qui composent la communauté, il peut les perdre sans en être comptable envers sa communauté, comme nous l'avons déjà vu, et comme nous le verrons encore plus amplement *infrà*, partie 2.

309. *Corollaire second.*—Le mari peut disposer par vente, donation, ou à quelque autre titre que ce soit, des héritages

ameublis par sa femme, de même que de tous les autres effets de sa communauté, sans avoir pour cela besoin de son consentement.

310. *Corollaire troisième.*—Les héritages et autres immeubles qui ont été ameublis par chacun des conjoints, doivent, après la dissolution de communauté, être compris dans la masse du partage qui est à faire des biens de la communauté. Néanmoins celui des conjoints qui a ameubli l'héritage, peut le retenir, en le précomptant sur sa part, pour le prix qu'il vaut au temps du partage, et pour lequel il a été couché dans la masse, et en laissant l'autre partie prélever sur la masse, d'autres effets pour pareille valeur.

Les héritiers du conjoint qui a fait l'ameublissement, ont le même droit.

Lorsqu'un enfant a recueilli successivement les successions de ses père et mère, sans qu'il ait été fait aucun partage entre lui et le survivant, cet enfant est censé avoir recueilli en entier l'héritage ameubli, dans la succession de celui qui en a fait l'ameublissement : c'est pourquoi, dans la succession de cet enfant, l'héritage ameubli sera réputé, pour le total, propre du côté de celui qui a fait l'ameublissement, de même que s'il n'avait point été ameubli. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 10 avril 1668, rapporté par les auteurs.

311. Lorsque la communauté a souffert éviction d'un héritage ameubli par l'un des conjoints, pour quelque cause qui existait au temps qu'en a été fait l'ameublissement, le conjoint qui l'a ameubli est-il tenu de l'éviction envers la communauté ?

Il n'y a pas lieu à cette question à l'égard des ameublissements généraux, car, par ces ameublissements généraux, les parties n'entendent apporter à la communauté d'autres héritages et immeubles que ceux qui leur appartiennent, et seulement autant qu'ils leur appartiennent.

La question ne tombe que sur les ameublissements particuliers. On peut à cet égard proposer deux cas.—Le premier cas est, lorsqu'il est dit, par le contrat de mariage, " que le

futur conjoint apportera à la communauté une certaine somme, en paiement de laquelle il a ameubli un *tel héritage*." Si par la suite la communauté vient à être évincée de cet héritage, il n'est pas douteux que le conjoint qui l'a ameubli, demeure débiteur envers la communauté de la somme qu'il a promis d'y apporter: l'héritage qu'il avait donné en paiement à la communauté qui en a été évincée, n'a pu le libérer de cette somme; un paiement ne pouvant être valable, ni par conséquent libérer le débiteur, s'il ne transfère au créancier, à qui il est fait, une propriété irrévocable de la chose qui lui a été donnée en paiement, comme nous l'avons vu *suprà*, nº 302.

Le second cas est, lorsque par le contrat de mariage l'ameublissement n'est précédé d'aucune promesse d'apporter une certaine somme à la communauté ; comme lorsqu'il est dit simplement par le contrat de mariage, " que le futur conjoint, pour composer la communauté, de sa part, y a apporté et ameubli un *tel héritage*." Le conjoint qui l'a apporté sera-t-il en ce cas tenu de l'éviction de cet héritage ?—Il y a trois opinions. La première est de ceux qui décident indistinctement que le conjoint qui a fait l'ameublissement, n'est aucunement tenu en ce cas de l'éviction que la communauté a soufferte de cet héritage.

La seconde est de ceux qui pensent qu'on doit faire une distinction. Lorsque l'apport que j'ai fait d'un certain héritage est un apport égal à celui de l'autre conjoint, la communauté de biens que nous avons contractée, et à laquelle nous avons entendu apporter autant l'un que l'autre, étant un contrat commutatif, je suis garant envers la communauté de l'éviction de l'héritage que j'y ai apporté, la garantie des évictions ayant lieu dans tous les contrats commutatifs: c'est pourquoi, en cas d'éviction de l'héritage que j'ai ameubli, je suis tenu de conférer en argent ou autres effets, la valeur de cet héritage. Mais, lorsque par le contrat de mariage par lequel j'ai ameubli un héritage à la communauté, l'autre conjoint n'avait rien apporté de sa part; ou, lorsqu'outre

l'héritage que j'ai ameubli, j'avais apporté en autres effets à la communauté autant que lui; l'ameublissement que j'ai fait, étant en ce cas un titre lucratif, je ne suis aucunement tenu de l'éviction que la communauté a soufferte de cet héritage, n'y ayant pas lieu, dans les titres lucratifs, à la garantie des évictions.

La troisième opinion est de ceux qui, en rejetant la distinction que font ceux de la seconde opinion, décident indistinctement que le conjoint qui a apporté par le contrat de mariage un héritage, est tenu, en cas d'éviction, de faire raison de la valeur à la communauté, parce que le contrat de société est un contrat de commerce, dans lequel par conséquent il y a lieu à la garantie. Quoique par ce contrat l'une des parties y apporte en choses plus que l'autre, ce contrat n'est pas pour cela (hors le cas de l'édit des secondes noces) censé renfermer une donation faite à la partie qui apporte moins en choses, laquelle est présumée suppléer en industrie ce qu'elle apporte de moins en choses ; L. 5, § 1, ff. *pro socio.* J'avais, dans mon *Introduction à la coutume d'Orléans* (*de la Communauté*, n° 53), embrassé la seconde opinion ; on m'a fait revenir à la troisième.

---

* 12 *Pand. frs.*, *sur art.* 1507, *C. N.* } 352. Les immeubles ameublis prenant, relativement à la communauté, la qualité et la nature de meubles, et y entrant comme eux, c'est une conséquence naturelle que le mari puisse en disposer librement comme de tous les autres biens et effets qui la composent. Ils font partie de la communauté, et sont soumis au pouvoir du mari aussitôt que le mariage est célébré.

Il en est de même des immeubles qui se trouvent dans les successions que les conjoints ont ameublies. Ils tombent dans la communauté au moment même où la succession est ouverte, et dès cet instant le mari peut en disposer de la même manière.

Ces immeubles entrant dans la communauté, suivent le

sort de tous les autres biens qui lui appartiennent. En conséquence, s'ils périssent ou sont détériorés de quelque manière que ce soit, la perte en tombe sur elle, et non sur le conjoint qui les a ameublis, et qui n'en est plus propriétaire. Cela a lieu quand même la perte ou la détérioration serait arrivée par le fait du mari ; car en étant le maître absolu, il peut les perdre sans en devoir de compte à personne.

Mais si la communauté est évincée de quelqu'un des héritages ameublis, le conjoint qui a consenti l'ameublissement est-il tenu de l'éviction ?

La question ne peut avoir lieu, comme le remarque M. Pothier, que pour les ameublissemens particuliers. S'il est général, les parties n'entendent apporter à la communauté que les immeubles dont ils sont propriétaires, et en tant qu'ils leur appartiennent. Cela s'applique aux successions à l'égard desquelles l'ameublissement est toujours général. Si la communauté est évincée de quelques-uns de ces immeubles, elle ne peut avoir aucun recours à exercer.

La question ne peut point encore avoir lieu lorsque l'ameublissement est précédé d'une clause d'apport à la communauté, comme quand il est dit que le conjoint mettra en communauté une telle somme, pour laquelle il ameublit tel de ses immeubles. Il ne peut point être douteux, dans ce cas, que si la communauté est évincée de cet immeuble, le conjoint reste débiteur de la somme par lui promise.

Ce n'est pas directement l'immeuble qui est dû, mais la somme dont il s'est rendu débiteur envers la communauté. L'immeuble qu'il y a mis n'est que le paiement de cette somme ; et il est de la nature de tout paiement d'être invalide quand le créancier ne peut pas conserver la chose payée.

353. Ce n'est donc que quand l'ameublissement est pur et simple, comme lorsque le conjoint a dit qu'il ameublit tel ou tel immeuble, que la question peut s'élever et être réelle. Ce n'est que dans ce cas que l'on peut demander si, la communauté étant évincée de cet immeuble par une cause anté-

rieure au contrat, le conjoint qui a fait l'ameublissement sera tenu de cette éviction et obligé de remplacer ?

Il y a sur ce point trois opinions parmi les auteurs. La première est de ceux qui décident indistinctement qu'il n'y a pas lieu à la garantie.

La seconde est de ceux qui distinguent si les deux époux ont fait un apport égal, et qui n'admettent la garantie que dans ce cas, sur le fondement que la communauté est alors un contrat commutatif, dans lequel chaque partie a entendu apporter autant que l'autre.

Enfin, la troisième est de ceux qui décident qu'il y a lieu à la garantie, sans admettre cette distinction.

M. Pothier, dans son introduction, au titre de la Communauté de la Coutume d'Orléans, avait adopté la seconde opinion. Il dit, dans son traité de la Communauté, qu'on l'a fait revenir à la troisième. C'est en effet la plus conforme aux principes. Le conjoint qui a ameubli un immeuble déterminément, est débiteur de cet immeuble. Il doit en transférer la propriété, autrement il n'a point accompli son obligation. Il n'a point payé. Il importe peu que l'autre conjoint ait fait ou non un apport égal, ou même qu'il n'en ait fait aucun. La communauté est une société. C'est un contrat de commerce dans lequel il y a lieu à la garantie.

354. Le dernier §. de cet article change encore notre ancien Droit. Quand un immeuble, ou tous les immeubles de la femme, étaient ameublis jusqu'à concurrence d'une certaine somme, on tenait autrefois que le mari pouvait les aliéner sans le consentement de sa femme, jusqu'à concurrence de la somme promise. Le Code civil ne lui permet plus que l'hypothèque.

On peut demander si le créancier hypothécaire pourra faire vendre l'immeuble entier, pour se remplir de sa créance ?

L'affirmative ne peut point être douteuse ; à moins que l'héritage ne puisse aisément se diviser ; auquel cas la femme pourrait obtenir la distraction, et faire restreindre la vente à ce qui serait suffisant pour acquitter la dette.

Il suit de la dernière disposition de cet article, que lors de la dissolution de la communauté, l'immeuble qui n'est ameubli que jusqu'à concurrence d'une certaine somme, ne doit point être compris dans la masse de ses biens. Il n'a point cessé d'appartenir au conjoint qui en fait l'ameublissement. Ce conjoint n'est point débiteur de l'immeuble *in specie*, mais seulement de la somme qu'il a dû apporter en communauté, et à laquelle l'immeuble est seulement affecté.

Si l'immeuble ainsi ameubli a été vendu pendant la communauté, il est évident qu'il n'est dû remploi que de ce qui excède la somme pour laquelle il a été ameubli.

Voy. autorités sur art. 1390.

---

4 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*), p. 190-2. } I. *De l'ameublissement parfait.* — L'ameublissement parfait, qu'il soit déterminé ou indéterminé, assimile complètement au mobilier les immeubles qui en forment l'objet, [en mettant purement et simplement et d'une manière absolue ces immeubles dans la communauté.]

Il suit de là que toute perte ou détérioration soufferte par ces immeubles est à la charge de la communauté (1) ; que le mari peut disposer des immeubles ameublis de la même manière que du mobilier qui échoit à la communauté légale, et par conséquent sans avoir besoin du consentement de la femme (2) ; qu'enfin ces immeubles sont partagés comme les

(1) [Les immeubles ameublis sont aux risques de la communauté, qui en supporte la perte et la dépréciation, comme elle profite de l'accroissement ou de la plus-value, Rodière et Pont, 2, n. 158 et s. ; Troplong, n. 1996, et Dalloz, n. 2769.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) [Mais il ne peut en disposer sans le consentement de la femme qu'à titre onéreux, comme des immeubles conquêts, auxquels les immeubles ameublis sont assimilés : les immeubles ameublis ne sont pas des effets mobiliers dont le mari puisse disposer à titre gratuit sans le consente-

autres biens de la communauté (1), art. 1507. Cependant l'époux qui a ameubli un immeuble ou ses immeubles a le droit, lors du partage, de les précompter sur sa part pour leur valeur actuelle (2), art. 1509 (3).

Les effets de l'ameublissement parfait s'étendent également aux dettes de la communauté. Ainsi lorsqu'un immeuble déterminé a été ameubli d'une manière absolue, la communauté dont les deniers ont été employés à payer les dettes relatives à l'immeuble ameubli semble avoir une action en indemnité contre l'époux du chef duquel provient cet immeuble. V. art. 1409, alin. 1. Mais lorsque les immeubles à venir ont été ameublis d'une manière absolue, les dettes qui

ment de la femme, art. 1422. V. Rodière et Pont, 2, n. 157 et s.; Dalloz, n. 2768.—Il est à remarquer, du reste, que lorsqu'un immeuble ameubli est aliéné, l'époux n'a pas droit à un remploi, le remploi ne pouvant être fait que du prix des propres, Troplong, n. 1997.] (Massé et Vergé.)

(1) [Troplong, n. 1996.]

(2) La femme qui renonce à la communauté ne peut donc pas user de ce privilège : *Privilegia sunt strictissimæ interpretationis*, Bellot, 3, p. 156 ; [Rodière et Pont, 2, n. 182 ; Troplong, n. 2019 ; Marcadé, sur l'art. 1509.]—Delvincourt, 3, p. 84, et Duranton, 15, n. 78, sont d'un autre avis. [Selon ces derniers auteurs, la femme qui renonce pourrait reprendre les immeubles qu'elle a ameublis en tenant compte du prix au mari. Mais aucune disposition ne motive cette extension de la disposition exceptionnelle de l'art. 1509.] Mais la femme peut, même en cas de renonciation, retenir l'immeuble ameubli, si par son contrat de mariage elle s'est réservé la reprise de son apport, Duranton, *loc. cit.* [Mêmes autorités, et Dalloz, n. 2788.] Le contrat de mariage peut même obliger la femme à reprendre l'immeuble. Dans tous les cas, d'ailleurs, les servitudes et hypothèques établies par le mari continuent à grever l'immeuble, Duranton, 15, n. 76. (Massé et Vergé).

(3) L'art. 1509 dit: " L'époux qui a ameubli un héritage..." Mais la règle est, d'après son esprit, également applicable à l'ameublissement indéterminé. V. Pothier, n. 298. [C'est-à-dire que la règle est applicable à l'ameublissement parfait indéterminé ; par exemple, à l'ameublissement qui a pour objet tous les immeubles présents, ou tous les immeubles futurs. Mais est-elle applicable à l'ameublissement imparfait auquel le Code donne la dénomination d'*indéterminé* ?] (Massé et Vergé).

grèvent les successions immobilières échues à l'un ou à l'autre des époux doivent être supportées par la communauté (1). V. art. 1411 et s.

Chaque époux doit d'ailleurs garantie à la communauté à raison des immeubles qu'il ameublit d'une manière absolue, excepté dans le cas où l'ameublissement est indéterminé (2).

(1) [Il ne peut y avoir question pour les dettes qui, d'après les principes généraux, tombent dans la communauté: la clause d'ameublissement ajoute à la communauté, et n'en retranche rien. Il suit de là que les dettes mobilières tombent dans la communauté sous l'empire de la clause d'ameublissement, comme sous l'empire de la communauté légale, art. 1409. La difficulté ne se présente que pour les dettes immobilières, c'est-à-dire pour les dettes qui grèvent les immeubles ameublis. A cet égard, il faut distinguer entre l'ameublissement parfait qui a pour objet un ou plusieurs immeubles déterminés, et l'ameublissement parfait qui a pour objet une universalité d'immeubles indéterminés, par exemple tous les immeubles présents ou à venir. Dans le premier cas, l'immeuble ou les immeubles ameublis n'entrent dans la communauté que francs des dettes qui les grèvent, lesquelles restent propres à l'époux qui les apporte, parce que celui qui s'engage à mettre un immeuble en communauté ne remplirait pas son engagement s'il fournissait un immeuble réduit par les dettes que la communauté serait obligée de payer. Si donc ces dettes ont été payées avec les deniers de la communauté, la communauté a une action en indemnité ou récompense contre l'époux qui en était personnellement débiteur, Rodière et Pont, 2, n. 173 ; Odier, 2, n 825 ; Troplong, n. 1999 ; Marcadé, sur l'art. 1509. Mais, dans le second cas, celui qui ameublit l'universalité ou une partie de l'universalité de sa fortune immobilière transmet cette fortune avec ses avantages et avec ses charges et par conséquent avec les dettes qui la grèvent, parce que les dettes sont toujours une charge de l'universalité des biens, Marcadé, *ibid.*] (MASSÉ et VERGÉ).

(2) La question est controversée. La règle établie dans le paragraphe se fonde sur ce que le contrat de mariage doit être considéré comme un contrat onéreux. V. Pothier, n. 299; Delvincourt, 3, p. 83 ; Duranton, 15, n. 70 et s. [Il faut faire pour l'éviction la même distinction que pour les dettes. Si l'ameublissement a pour objet un ou plusieurs immeubles déterminés, l'époux qui les apporte est garant de l'éviction pour une cause antérieure au mariage, parce que l'apport doit être réel et effectif et par conséquent être garanti contre l'éviction qui le ferait disparaître

[ARTICLE 1394.]

1394. L'ameublissement indéterminé ne rend pas la communauté propriétaire des immeubles qui en sont frappés; son effet se réduit à obliger l'époux qui l'a consenti à comprendre dans la masse, lors de la dissolution, quelques-uns de ses immeubles jusqu'à concurrence de la somme qu'il a promise.

Le mari ne peut aliéner en tout ou en partie, sans le consentement de sa femme, les immeubles sur lesquels est établi l'ameublissement indéterminé, mais il peut les hypothéquer jusqu'à concurrence de cet ameublissement.

1394. Indeterminate mobilization does not confer upon the community the ownership of the immoveables affected by it, its effect is merely to oblige the consort who has undertaken it to include in the mass, at the time of the dissolution, some of his immoveables to the extent of the sum which he has promised.

The husband, without the consent of his wife, cannot alienate, in whole or in part, the immoveables subjected to indeterminate mobilization, but he may hypothecate them to the extent of such mobilization.

---

* *C. N.* 1508. } L'ameublissement indéterminé ne rend point la communauté propriétaire des immeubles qui en sont frappés; son effet se réduit à obliger l'époux qui l'a consenti, à comprendre dans la masse, lors de la dissolution de la communauté, quelques uns de ses immeubles jusqu'à concurrence de la somme par lui promise.

en tout ou en partie, Toullier, 13, n. 344; Odier, 2, n. 815; Rodière et Pont, 2, n. 162; Troplong, n. 1998; Marcadé, sur l'art. 1507.—Si l'ameublissement a pour objet une universalité d'immeubles, comme les biens présents, ou les biens à venir, l'époux n'est pas garant parce qu'il entend apporter ses immeubles tels qu'il les a ou tels qu'ils viendront à lui échoir, Marcadé, *ibid.*; Dalloz, n. 2769.] (Massé et Vergé).

[ARTICLE 1394.]

Le mari ne peut, comme en l'article précédent, aliéner en tout ou en partie, sans le consentement de sa femme, les immeubles sur lesquels est établi l'ameublissement indéterminé ; mais il peut les hypothéquer jusqu'à concurrence de cet ameublissement.

---

* 7 *Pothier*, (*Bugnet*) *Com.*, *n*os 313 *et s.* } 313. Lorsque l'ameublissement est *indéterminé*, comme lorsque l'un des conjoints a apporté en communauté ses meubles et immeubles jusqu'à la concurrence d'une certaine somme ; tant que cet ameublissement demeure indéterminé, tant que les parties n'ont pas réglé entre elles lesquels des immeubles de ce conjoint entreraient dans la communauté, aucun n'y est entré, et la communauté n'a qu'un simple droit de créance, et une simple action contre le conjoint qui a fait l'ameublissement, pour l'obliger, lors de la dissolution de la communauté, à comprendre dans la masse des biens de la communauté qui sont à partager, quelques-uns de ses immeubles, jusqu'à concurrence de la somme par lui promise, desquels immeubles le choix lui doit être laissé, ou à ses héritiers ; et faute par lui ou ses héritiers de le faire dans un temps qui leur sera limité par le juge, ce choix doit être référé à l'autre conjoint, ou aux héritiers de l'autre conjoint.

Il suit de ce principe que, tant que l'ameublissement est indéterminé, si durant la communauté quelqu'un des immeubles du conjoint qui a fait cet ameublissement vient à périr par force majeure, la perte en est supportée en entier par ce conjoint, et non par la communauté ; car l'ameublissement étant indéterminé, on ne peut pas dire que c'est celui qui a péri qui est entré en la communauté : c'est pourquoi le conjoint doit fournir à la communauté, dans les immeubles qui lui restent, la somme entière qu'il a promise pour son apport.

On avait aussi tiré de notre principe cette conséquence, que, tant que l'apport de la femme était indéterminé, le mari

n'avait droit de vendre aucun des immeubles de la femme, parce qu'on ne pouvait dire d'aucun, qu'il fût celui qui a été ameubli, et qui est entré dans la communauté : c'est ce que Mornac dit en quelque endroit avoir été jugé par un arrêt qu'il rapporte. Je pense néanmoins que les ameublissements se faisant principalement pour qu'il y ait un fonds de biens de communauté, dont le mari puisse, en cas de besoin, disposer, la clause d'un ameublissement indéterminé que la femme fait de ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme, renferme tacitement un pouvoir qu'elle donne au mari, tant qu'elle n'a point encore déterminé son apport, d'aliéner ceux des immeubles qu'il jugera à propos, jusqu'à concurrence de ladite somme ; et l'aliénation qu'en fera le mari, déterminera l'apport indéterminé de la femme à ceux qu'il aura aliénés. Mais, si, avant que le mari eût vendu aucun héritage de sa femme, elle lui avait fait signifier qu'elle déterminait son ameublissement à *tels et tels héritages*, le mari ne pourrait plus disposer que de ceux auxquels l'ameublissement aurait été déterminé.

314. Il nous reste à observer la différence entre un ameublissement indéterminé que je fais de mes immeubles *jusqu'à concurrence d'une certaine somme*, et la simple clause par laquelle *je promets apporter à la communauté une certaine somme*. Celle-ci donne à la communauté un droit de créance contre moi de cette somme. Lorsque ma femme meurt en laissant pour son héritier un enfant de notre mariage, cet enfant, en sa qualité d'héritier de sa mère a contre moi, pour la part qu'il a en la communauté, c'est-à-dire pour la moitié, un droit de créance de ce qui reste dû de cette somme. Cette créance qu'il a contre moi étant la créance d'une somme d'argent, et par conséquent une créance mobilière ; si cet enfant vient par la suite à mourir sans postérité, je lui succéderai, en qualité de son héritier au mobilier, à cette créance qu'il avait contre moi, et il s'en fera extinction et confusion.

Lorsque j'ai ameubli à la communauté mes immeubles,

jusqu'à concurrence d'une certaine somme, cet ameublissement indéterminé ne donne pareillement contre moi à la communauté qu'un droit de créance. Mais (et c'est en cela que l'ameublissement indéterminé diffère de la simple convention d'apport d'une certaine somme d'argent) cette créance n'est pas une créance mobilière ; car ce n'est pas une somme d'argent que la communauté a droit d'exiger de moi : elle a droit d'exiger que je mette quelqu'un de mes immeubles, jusqu'à concurrence de la somme convenue, dans la masse des biens de la communauté. Cette créance, ayant pour objet des immeubles, est une créance immobilière. C'est pourquoi lorsque ma femme meurt, l'enfant né de notre mariage, qui lui succède à cette créance pour la part qu'elle avait en la communauté, c'est-à-dire, pour la moitié, succède à une créance immobilière, laquelle est en sa personne un propre maternel, auquel, s'il vient à mourir par la suite, succéderont à mon exclusion ses héritiers aux propres maternels : je pourrai seulement, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, succéder en usufruit, suivant la disposition de ces coutumes, qui défèrent au survivant la succession en usufruit des conquêts auxquels leurs enfants ont succédé au prédécédé.

Voy. autorités sur art. 1390.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1508 *C. N.* } Dans la seconde partie de l'article, on a suivi l'avis de Mornac, contre celui de Pothier, qui pensait que dans le cas de l'ameublissement indéterminé, la femme était censée avoir donné pouvoir au mari de vendre jusqu'à concurrence de la somme fixée.

---

4 *Zachariæ (Massé et Vergé), p.* 192-4. } II. *De l'ameublissement imparfait.* — L'ameublissement imparfait [par lequel les immeubles qui en font l'objet ne sont

apportés en communauté que jusqu'à concurrence d'une certaine somme] n'attribue pas à la communauté la propriété de l'immeuble ou des immeubles qui en font l'objet, mais seulement une créance contre l'époux qui a consenti l'ameublissement, créance affectée d'une manière exclusive sur un immeuble ou plusieurs immeubles déterminés, [ou sur une universalité d'immeubles indéterminés (1)], art. 1508.

Cet ameublissement produit certains effets particuliers. Ainsi le mari peut, sans le consentement de la femme, hypothéquer les immeubles que la femme a ameublis, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublissement a eu lieu, mais il ne peut aliéner ces immeubles sans le consentement de la femme (2), art. 1507, alin. 3 ; art. 1508, alin. 2.

Ainsi encore lorsque les immeubles ameublis ont été aliénés et que la somme produite par la vente excède celle jusqu'à concurrence de laquelle ils ont été ameublis, la communauté qui a perçu le produit total de la vente doit restituer à l'époux auquel appartenaient les immeubles la plus-value résultant de l'aliénation (3).

Si, lors de la dissolution de la communauté, les immeubles sont encore en la possession des époux, ils doivent être compris dans la masse de la communauté, soit qu'il y ait lieu de

(1) [L'époux qui a consenti l'ameublissement est donc débiteur envers la communauté, non d'une somme d'argent, mais d'un immeuble jusqu'à concurrence de la somme déterminée, Troplong, n. 1991 ; Marcadé, sur l'art. 1508. Ce qui n'empêche pas d'ailleurs qu'il ne puisse se libérer en argent] (Massé et Vergé).

(2) Cependant le mari peut contraindre la femme à donner son consentement, Duranton, 15, n. 66 et s. [Il nous paraît au contraire hors de doute que la femme qui puise dans ses conventions matrimoniales le droit de refuser son consentement ne peut être contrainte à se départir de son droit. V. Troplong, n. 2013.] (Massé et Vergé).

(3) [La somme jusqu'à concurrence de laquelle l'ameublissement a été consenti est la seule qui tombe dans la communauté. L'excédant constitue le prix d'aliénation d'un immeuble propre pour lequel la femme a une reprise s'il n'a pas été remployé.] (Massé et Vergé).

la partager en cas d'acceptation, soit qu'elle reste au mari en cas de renonciation de la femme (1), art. 1508.

Dans l'ameublissement imparfait, l'époux qui a ameubli plusieurs immeubles peut, soit désigner à son choix l'immeuble ou les immeubles qu'il lui convient d'apporter à la masse commune (2), soit se libérer de l'obligation d'apporter des immeubles, en versant dans la communauté la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'ameublissement a été consenti, ou en faisant porter en compte cette somme dans la liquidation de la communauté (3).

La perte ou détérioration des immeubles tombe sur l'époux qui les a ameublis; néanmoins la dette de cet époux vis-à-vis de la communauté s'éteint pour le tout ou pour partie, par la perte totale ou partielle de la chose : pour le tout, si les im-

(1) [Lorsque l'ameublissement imparfait porte sur plusieurs immeubles ou sur une universalité d'immeubles, l'époux doit fournir des immeubles jusqu'à concurrence de la somme promise. S'il porte sur un immeuble déterminé, l'époux doit fournir une portion suffisante de cet immeuble. V. Troplong, n. 2011.] (Massé et Vergé).

(2) Pothier, n. 301. [Ce choix a pour objet une portion de l'immeuble quand l'ameublissement imparfait a pour objet un immeuble déterminé.] (Massé et Vergé).

(3) Cela résulte, en supposant que l'art. 1500 ne fût pas applicable à l'ameublissement imparfait comme à l'ameublissement parfait, de ce que l'époux est resté propriétaire des immeubles et ne doit qu'une somme d'argent à la communauté. V. Pothier, n. 298. L'art. 1509 est textuellement emprunté à ce passage où Pothier pose en principe, sans aucune restriction, que l'époux peut conserver ses immeubles, Delvincourt, 3, p. 84; Duranton, 15, n. 77 et 81. [Il n'est pas tout à fait exact de dire que l'époux ne doive qu'une somme d'argent; il doit un immeuble ou partie d'un immeuble. Mais comme dans l'ameublissement imparfait il reste propriétaire de l'immeuble ameubli, on doit lui reconnaître la faculté de se libérer en argent en conservant l'immeuble, avec d'autant plus de raison que l'art. 1509 reconnaît à l'époux qui a fait un ameublissement déterminé, c'est-à-dire parfait, et qui, par conséquent, a cessé d'être propriétaire, la faculté de reprendre l'immeuble ameubli en tenant compte de sa valeur, Rodière et Pont, 2, n. 180; Troplong, n. 2018; Marcadé, sur l'art. 1509.] (Massé et Vergé).

meubles sont entièrement perdus; pour partie, quand, en cas de perte partielle, la valeur de ce qui reste ne suffit plus qu'au payement d'une partie de la dette (1).

Si l'ameublissement a pour objet un ou plusieurs immeubles déterminés, et si l'époux qui les a ameublis en est évincé, cet époux reste débiteur de la communauté pour la somme qu'il a imputée sur ces immeubles (2).

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1508 *C. N.* } 355. La première partie de cette disposition est extraite du traité de la Communauté, de M. Pothier.

Lorsque l'ameublissement est indéterminé, dit cet auteur, comme lorsque l'un des conjoints a apporté à la communauté ses meubles et immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme, tant que cet ameublissement demeure indéterminé, tant que les parties n'ont pas réglé entre elles lesquels des immeubles de ce conjoint entreront dans la communauté, aucun n'y est entré. Elle n'a qu'une créance et une action contre le conjoint qui a fait l'ameublissement pour l'obliger, lors de sa dissolution, à comprendre dans la masse de ses

(1) Delvincourt, 3, p. 84; Bellot, 3, p. 141. Le principe de cette solution se fonde sur la volonté présumée des parties. [Cette solution se fonde sur quelque chose de plus certain qu'une présomption de volonté. L'époux qui a consenti l'ameublissement imparfait ne cessant pas d'être propriétaire de l'immeuble ou des immeubles, c'est pour lui qu'ils périssent ou se détériorent: *res perit domino.* Mais comme, d'un autre côté, les obligations s'éteignent par la perte de la chose due, art. 1302, et qu'ici la chose due c'est l'immeuble ou les immeubles qui ont fait l'objet de l'ameublissement, il faut en conclure que si les immeubles viennent à périr en totalité, l'obligation est éteinte pour le tout, et que s'ils viennent à périr partiellement dans une proportion telle que la chose due ne puisse plus être fournie en totalité, l'obligation est partiellement éteinte, Troplong, n. 2114; Marcadé, sur l'art. 1509.] (Massé et Vergé).

(2) [Mais il en est autrement si l'ameublissement imparfait a pour objet une universalité d'immeubles indéterminés.]. (Massé et Vergé).

biens à partager quelques uns de ses immeubles, jusqu'à concurrence de la somme par lui promise.

Voilà, comme on voit, la première disposition de notre article.

M. Pothier ajoute que le conjoint qui a fait l'ameublissement doit avoir le choix des immeubles qu'il veut comprendre dans la communauté; que s'il ne le fait pas, le juge doit lui fixer un délai, passé lequel ce choix doit être référé à l'autre conjoint ou à ses héritiers. Tout cela est parfaitement juste.

Mais on remarque que, d'après la manière dont M. Pothier s'exprime, il pense que les époux peuvent, depuis le mariage, déterminer l'ameublissement, et convenir entre eux quels seront les immeubles qui entreront dans la communauté.

La règle que les époux ne peuvent plus, après le mariage, rien changer à leurs conventions matrimoniales, s'oppose-t-elle à ce qu'on admette cette opinion ?

Nous ne le pensons pas. En déterminant l'ameublissement, ils ne font aucun changement à leur contrat. La femme ne fait que consentir à ce que son mari aliène tel ou tel de ses immeubles, et elle en a le droit, que le Code civil lui conserve. Le mari ne fait rien d'exorbitant, puisqu'il peut disposer de tous ses immeubles. Cette convention d'ailleurs ne blesse les intérêts de personne. On ne voit donc rien qui puisse la rendre illicite.

356. La seconde partie de cet article est contraire au sentiment de M. Pothier, qui pense que le mari peut, tant que l'ameublissement est indéterminé, aliéner ceux des immeubles de la femme qu'il juge à propos, jusqu'à concurrence de la somme promise, et que la femme lui a donné implicitement ce pouvoir.

Le Code civil n'accorde au mari que le droit d'hypothéquer ces immeubles, jusqu'à concurrence de la somme promise.

Il en résulte qu'il peut hypothéquer tous les immeubles. Dans ce cas, si le créancier poursuivait la vente de ces immeubles, la femme pourrait-elle déterminer son ameublisse-

ment, et faire restreindre les poursuites de ce créancier à tel ou tel immeuble ?

Nous le pensons ainsi. On ne doit pas souffrir que la femme soit dépouillée de toute sa fortune immobiliaire, pour une dette qui ne doit en affecter qu'une partie. Si l'immeuble vendu sur son indication ne suffisait pas pour acquitter la dette, elle serait forcée d'en indiquer un autre pour être vendu de même. Alors ses autres immeubles seraient affranchis. Le mari ne pourrait plus les hypothéquer. L'effet de la clause d'ameublissement serait consommé.

Des termes du Code civil il suit que l'aliénation que le mari ferait de quelqu'un des immeubles de la femme serait nulle, malgré l'ameublissement. Le mari *ne peut*, dit l'article. En conséquence, la femme ou ses héritiers pourraient revendiquer l'immeuble vendu.

Cependant, nous pensons que dans la pratique, si elle n'avait pas un grand intérêt à rentrer en possession de cet immeuble, et qu'elle n'eût point mis dans la communauté la somme qui ferait l'objet de l'ameublissement, on pourrait la forcer, ou ses héritiers, à la déterminer à l'immeuble vendu, pour éviter des recours en garantie contre le mari. Cela nous paraît conforme à l'équité.

---

* 1 *Rogron, sur art. 1508, C. N.* } *Propriétaire.* Ainsi les immeubles ameublis indéterminément périssent pour l'époux qui en est resté propriétaire : *res perit domino.* Il en est différemment des immeubles ameublis d'une manière déterminée ; ils périssent pour la communauté qui en est propriétaire.

A comprendre dans la masse. Ainsi, tant qu'il reste à l'époux des immeubles, il doit les comprendre dans la masse, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublissement a eu lieu.

Les hypothéquer. Il suit de là que l'ameublissement indéterminé a surtout pour objet de faciliter les opérations auxquelles se livre le mari, en lui permettant d'augmenter la

masse des sûretés qu'il peut donner: du reste, notre article forme une espèce d'exception à l'article 2124, portant que les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité *d'aliéner* les immeubles qu'ils y soumettent. On observe aussi avec raison qu'il résulte du droit d'hypothéquer accordé au mari, qu'il peut, à volonté, rendre *déterminé* l'ameublissement *indéterminé:* en effet, s'il ne paie pas la dette pour laquelle il a consenti hypothèque, le créancier pourra faire vendre l'immeuble hypothéqué qui se trouvera ainsi *aliéné* par le fait du mari, et sans le consentement de la femme: or, c'est là le caractère unique de l'ameublissement déterminé.

---

* 3 *Delvincourt, sur art.* 1508 *C. N.* } *De comprendre dans la masse quelques-uns de ses immeubles.* Par conséquent l'action, pour l'y contraindre, est une action immobilière. Si donc, par exemple, le contrat de mariage contenait la clause que la communauté entière appartiendra au survivant, et qu'avant la liquidation, le survivant vienne à mourir, laissant un légataire à titre universel de tous ses immeubles, ce legs comprendrait l'action qu'il a contre la succession de l'autre époux, aux termes de l'article 1508.

Observez que les immeubles compris dans la masse, doivent y être apportés pour la valeur qu'ils ont au moment où l'apport en est fait. Ils ont été jusque-là aux risques de l'époux; l'augmentation ou la diminution de valeur doit donc être pour son compte.

1395. L'époux qui a ameubli un héritage, a, lors du partage, la faculté de le retenir, en le précomptant sur sa part pour le prix qu'il vaut alors, et ses héritiers ont le même droit.

1395. The consort who has contributed an immoveable as moveable, has a right, when the partition takes place, to retain it, on account of his share, at the price it is then worth, and his heirs have the same right.

[ARTICLE 1395.]

* *C. N.* 1509. } L'époux qui a ameubli un héritage, a, lors du partage, la faculté de le retenir en le précomptant sur sa part pour le prix qu'il vaut alors; et ses héritiers ont le même droit.

Voy. *Pothier*, *Comm.*, cité sur art. 1393.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1509 *C. N.* } C'est aussi la décision de Pothier, nº 310. Elle peut n'être pas conforme à la rigueur des règles; mais elle a pour elle la convenance, et tel était l'usage.

Autrefois il y avait de grands débats sur la question de savoir si le mineur pouvait ameublir ses héritages, et jusqu'à quelle quotité. *Voyez* Rousseaud, verbo *Ameublissement.* Mais aujourd'hui, il ne peut plus y avoir de doute sur l'affirmative, pourvu qu'en ameublissant, le mineur soit assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage. *Voyez* l'art. 1398.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1509 *C. N.* } Cet article ne fait que confirmer l'ancienne doctrine, et ne demande aucune explication.

Il est évident que l'époux qui retient l'héritage ameubli, doit le prendre pour la valeur qu'il a au temps de la dissolution de la communauté; car elle a profité de l'augmentation, comme elle aurait supporté les détériorations; et cet immeuble serait entré au partage pour cette valeur.

---

* 5 *Proudhon, Usufruit, nº* 2664. } III. Lorsqu'un des époux consent, par leur traité nuptial, l'ameublissement d'un de ses fonds, la loi veut que lors de la dissolution de la communauté, il ait la faculté ou de le laisser dans la masse commune, ou de le retenir en précomptant sur sa part

le prix qu'il vaut à cette dernière époque (1509). Devrait-on suivre exactement la même marche si c'était un droit d'usufruit immobilier qui eût été ameubli ?

Nous ne le pensons pas, et nous croyons que l'époux qui aurait voulu faire l'ameublissement de son usufruit, devrait le retenir lors du partage, en précomptant sa valeur. Il ne devrait pas avoir la même option que quand il s'agit d'un immeuble ordinaire qui, par la clause d'ameublissement, se trouve réellement acquis à la communauté, tandis que le droit d'usufruit reste toujours sur la tête de l'usufruitier. Le droit d'option ne doit pas être ici le même, parce qu'il ne pourrait y avoir de même un transport parfait du droit d'usufruit, et qu'en le laissant dans le lot des héritiers de l'époux prédécédé, ou en le partageant avec eux, les parties s'engageraient envers le propriétaire du fonds, dans des difficultés de cautionnement et de responsabilité que, l'une comme l'autre, doit avoir le droit d'écarter, en laissant à l'usufruitier son usufruit.

Au reste l'indemnité due par l'époux usufruitier ne devrait consister que dans une jouissance égale, laissée aux héritiers de l'autre, et non pas dans un prix unique qui ne pourrait être déterminé que par un forfait qu'on ne peut être obligé de souscrire, parce qu'on ne peut, sans nécessité, être forcé de jouer son bien.

---

* 1 *Rogron, sur art.* 1509 *C. N.* } *De le retenir.* Cet immeuble peut avoir pour l'époux qui l'a ameubli un prix d'affection ; mais l'époux qui use de ce *bénéfice* précompte l'immeuble pour le prix qu'il *vaut alors*, et non pour celui qu'il valait lors de l'ameublissement, parce qu'il a été depuis aux risques de la communauté. Il est clair aussi que la faculté accordée à l'époux, de retenir l'immeuble ameubli, ne porte aucune atteinte aux droits concédés à des tiers pendant qu'il faisait partie de la communauté. Si, par exemple, le mari l'avait grevé d'une servitude, elle continuerait de subsister.

[ARTICLE 1396.]

§ 3. *De la clause de séparation de dettes.*

1396. La clause par laquelle les époux stipulent qu'ils paieront séparément leurs dettes personnelles, les oblige à se faire, lors de la dissolution de la communauté, respectivement raison des dettes qui sont justifiées avoir été acquittées par la communauté, à la décharge de celui des époux qui en était débiteur.

Cette obligation est la même, soit qu'il y ait eu inventaire ou non ; mais si le mobilier apporté par les époux n'a pas été constaté par un inventaire ou état authentique antérieur au mariage, les créanciers de l'un et de l'autre époux peuvent, sans avoir égard à aucune des distinctions qui sont réclamées, poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié, comme sur tous les autres biens de la communauté.

Les créanciers ont le même droit sur le mobilier

§ 3. *Of the clause of separation of debts.*

1396. The clause by which the consorts stipulate that they will separately pay their personal debts, obliges them to account to each other respectively, at the time of the dissolution of the community, for such debts as are established to have been paid by the community in discharge of the consort who was liable for them.

This obligation is the same, whether an inventory has been made or not ; but if the moveable property brought in by the consorts have not been determined by an inventory or an authentic statement anterior to the marriage, the creditors of either consort without regard to any distinctions that may be claimed, have a right to be paid out of such property, as well as out of all the other property of the community.

The creditors have the same right with regard to

qui serait échu aux époux pendant la communauté, s'il n'a pas été pareillement constaté par un inventaire ou état authentique.	such moveable property as may have fallen to the consorts during the community, if likewise it have not been determined by an inventory or authentic statement.

---

* *C. N.* 1510. } La clause par laquelle les époux stipulent qu'ils paieront séparément leurs dettes personnelles, les oblige à se faire, lors de la dissolution de la communauté, respectivement raison des dettes qui sont justifiées avoir été acquittées par la communauté, à la décharge de celui des époux qui en était débiteur.

Cette obligation est la même, soit qu'il y ait eu inventaire ou non ; mais si le mobilier apporté par les époux n'a pas été constaté par un inventaire ou état authentique antérieur au mariage, les créanciers de l'un et de l'autre des époux peuvent, sans avoir égard à aucune des distinctions qui seraient réclamées, poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié, comme sur tous les autres biens de la communauté.

Les créanciers ont le même droit sur le mobilier qui serait échu aux époux pendant la communauté, s'il n'a pas été pareillement constaté par un inventaire ou état authentique.

---

4 *Zachariæ*, (*Massé et Vergé*), § 659, *p.* 195 *à* 198. } § 659. *De la clause de séparation des dettes.* — Les futurs époux (1) peuvent, par leur contrat de mariage, exclure de la communauté les dettes présentes (2) de l'un et de l'autre ou de l'un des deux.

(1) Soit l'un et l'autre, soit l'un d'eux seulement. V. Ferrière, 3, p. 128, [Marcadé, sur l'art. 1510.] (MASSÉ et VERGÉ)

(2) Leurs dettes personnelles, dit l'art. 1510, c'est-à-dire leurs dettes actuelles ; en d'autres termes, celles dont le titre existe déjà à l'époque

Cette convention, qui constitue la clause de séparation de dettes, peut être expresse ou tacite. Elle est tacite lorsque, par exemple, les futurs époux ont, par leur contrat de ma-

de la signature du contrat de mariage. Sans doute les dettes futures des époux peuvent également être exclues de la communauté, mais à la condition que les biens qu'elles affectent soient eux-mêmes exclus de la communauté. V. Pothier, n. 344 et s. ; Delvincourt, 3, p. 86 ; Bellot, 3, p. 164 ; Duranton, 15, n. 90.—*Quid*, si une succession mobilière échue à la femme avant le mariage n'est acceptée ou partagée qu'après le mariage ? V. sur ce point, Duranton, 15, n. 92. V. aussi Pothier, n. 344. Du reste, il va sans dire que l'art. 1328 doit, en ce qui touche la date certaine des dettes, recevoir son application en matière de séparation des dettes. V. Duranton, 15, n. 110. [L'art. 1510 autorise les époux à stipuler qu'ils payeront séparément leurs dettes personnelles. Cela ne peut évidemment s'entendre que des dettes présentes au moment du mariage, c'est-à-dire des dettes antérieures au mariage, parce que les dettes futures résultant de l'administration de la communauté, de la collaboration des époux ou des besoins du ménage commun ne peuvent être que des dettes de communauté, et qu'il ne saurait être permis aux époux de soustraire à l'action des créanciers les biens qui sont le gage nécessaire et naturel de ces dettes, arg. art. 1497 et 1511 ; Rodière et Pont, 2, n. 200 ; Troplong, n. 2021. La séparation de dettes stipulée d'une manière générale ne s'entend donc pas des dettes qui grèvent les successions ou donations mobilières échues aux époux pendant le mariage : la communauté, profitant du mobilier échu pendant le mariage, doit, par réciprocité, supporter les dettes qui sont une charge de ce mobilier. L'exclusion de ces dettes ne pourrait même résulter d'une convention directe : cette exclusion ne peut résulter que par voie de conséquence de la clause qui exclut de la communauté tout ou partie du mobilier futur. L'exclusion de ce mobilier entraîne, par voie de conséquence, celle des dettes correspondantes, Rodière et Pont, 1, n. 200 ; Troplong, n. 2029 ; Marcadé, sur l'art. 1510. —Par dettes antérieures au mariage, on doit entendre celles dont le principe ou le titre sont antérieurs au mariage, encore bien que la dette n'ait été sanctionnée, liquidée, ou ne soit devenue exigible que depuis. Ainsi, les amendes prononcées depuis le mariage, pour délits antérieurs au mariage, ne tombent pas dans la communauté, Toullier, 13, n. 351 ; Rodière et Pont, 2, n. 203 ; Troplong, n. 2025. Il en est de même de la condamnation obtenue pendant le mariage, en payement d'une dette dont la cause était antérieure, Troplong, n. 2024.—Le reliquat de compte d'une tutelle dont l'un des époux était chargé avant le mariage et qui

riage, réduit la communauté de biens aux acquêts. V. art. 1511. [Elle est expresse quand les époux stipulent qu'ils payeront séparément leurs dettes personnelles, art. 1510.]

On ne s'occupera ici que du cas où la clause de séparation des dettes est expresse, tous les biens mobiliers présents et à venir des époux entrant d'ailleurs dans la communauté, conformément aux règles du droit commun.

I.—*Des effets de la clause de séparation de dettes relativement aux époux.*—Cette clause oblige chacun des époux, lors de la dissolution de la communauté, à se faire respectivement raison de tout ce que la communauté justifie avoir employé à acquitter les dettes exclues de la communauté, soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas inventaire (1) du mobilier que l'époux débiteur a versé dans la communauté. Néanmoins, la clause de séparation de dettes n'empêche pas que la communauté soit tenue des intérêts et arrérages qui ont couru depuis le mariage (2), art. 1510, alin. 1 et 2 ; art. 1512.

s'est continuée depuis est exclu de la communauté pour la partie correspondante à la gestion antérieure au mariage, Toullier, 13, n. 351; Duranton, 15, n. 90. Enfin, les dettes d'un commerçant, pour opérations antérieures à son mariage, bien qu'elles n'aient été déterminées que postérieurement par un règlement arrêté entre le débiteur et son créancier, sont exclues de la communauté par la clause de la séparation de dettes, Massé, 3, n. 360.—Mais c'est une question controversée que de savoir si, parmi les dettes antérieures au mariage, et auxquelles doit par conséquent s'appliquer la clause de séparation de dettes, sont comprises les dettes d'une succession mobilière dont l'ouverture serait antérieure au mariage, mais qui n'aurait été acceptée que depuis le mariage. Nous croyons que l'effet rétroactif de l'acceptation donne à la dette une date antérieure au mariage, puisque c'est à la date de l'ouverture de la succession que l'époux se trouve avoir été débiteur, Odier, 2, n. 766 ; Rodière et Pont, 2, n. 206 ; Troplong, n. 2030.—*Contrà*, Duranton, 15, n. 92, et Marcadé, sur l'art. 1510.—Quant à la certitude de la date des dettes, il faut combiner les art. 1328 et 1410, Duranton, 15, n. 110. V. § 641.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) [Troplong, n. 2033.]

(2) [Mais rien n'empêche les époux d'étendre la séparation de dettes aux intérêts et arrérages qui courront pendant le mariage, Duranton,

[ARTICLE 1396.]

La séparation de dettes empêche que les créances antérieures au mariage que l'un des époux avait contre l'autre ne soient éteintes par la confusion des droits respectifs du créancier et du débiteur dans la communauté. Si donc, par exemple, le mari avait avant le mariage une créance de 10,000 francs sur sa femme, cette créance tombe dans la communauté; mais la clause de séparation de dettes empêchant que la dette de la femme y tombe également, il en résulte que la femme qui, après la mort du mari, accepte la communauté, reste débitrice de 5,000 francs envers les héritiers du mari, et que, si elle y renonce, elle reste débitrice envers eux de la somme totale de 10,000 francs (1).

II.—*Des effets de la clause de séparation de dettes relativement aux créanciers.*—Pendant la communauté, les droits des créanciers dont les créances ont été exclues par le contrat de mariage des dettes de la communauté sont en général les mêmes que si le contrat de mariage ne contenait pas cette exclusion. Néanmoins, si le mobilier apporté par les époux a été constaté avant le mariage (2) par un inventaire (3) ou par un état contenu dans un acte authentique (4), les créanciers de la femme ne peuvent poursuivre leur payement que contre l'apport de la femme, et n'ont aucune action contre les autres

15, n. 99; Odier, 2, n. 769; Rodière et Pont, 2, n. 209; Troplong, n. 2055; Marcadé, sur l'art. 1512.—*Contrà,* Delvincourt, sur le même article.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) Pothier, n. 343; Bellot, 3, p. 159; Duranton, 15, n. 102; [Toullier, 13, n. 351; Rodière et Pont, 2, n. 201.] (MASSÉ et VERGÉ)

(2) *Ad impediendas fraudes,* [Troplong, n. 2039]. V. cependant, sur le cas où la consistance de fortune des époux dépend de la reddition d'un compte de tutelle, Delaporte, sur l'art. 1510. [Selon Pothier, n. 363, le compte de tutelle rendu pendant le mariage ferait preuve suffisante de la consistance du mobilier.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) [Cet inventaire doit comprendre même l'argent comptant, Troplong, n. 2038.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(4) Par exemple, un état contenu dans le contrat de mariage. V. Pothier, n. 353; Bellot, 3, p. 171. (MASSÉ et VERGÉ.)

biens communs (1); et, de leur côté, les créanciers du mari ne peuvent poursuivre leur payement contre l'apport de la femme que l'inventaire soustrait à leur action (2). La même règle s'applique au cas où le mobilier échu à la femme à

(1) [C'est la conséquence nécessaire de l'aliéna 2 de l'art. 1510. Le mari, quand il y a inventaire ou état du mobilier apporté par la femme, est donc complétement quitte envers les créanciers de celle-ci en leur abandonnant ce mobilier; et les créanciers n'ont aucune action contre les autres biens de la communauté que la séparation de dettes soustrait à leur action. Pothier, n. 364 ; Rodière et Pont, 2, n. 216 ; Troplong, n. 2041 ; Marcadé, sur l'art. 1510.] — Mais le mari ne doit pas compte aux créanciers des fruits déjà perçus du mobilier apporté par la femme. (Massé et Vergé.)

(2) La plupart des commentateurs du Code décident au contraire que les créanciers du mari ont le droit de s'attaquer à l'apport de la femme, le mari étant le chef de la communauté. Ils soutiennent donc, en d'autres termes, que la clause de séparation de dettes ne saurait être opposée aux créanciers du mari. V. Delvincourt, 3, p. 87; Bellot, 3, p. 167 ; Duranton, 15, n. 110. La question était déjà controversée dans l'ancien droit. V. Ferrière, 3, p. 128. Mais la rédaction de l'art. 1510 paraît contredire positivement l'opinion de ces auteurs. Du reste, il n'est pas douteux que les créanciers du mari, nonobstant la clause de séparation de dettes, peuvent s'attaquer aux acquêts. [La question nous semble également résolue par l'art. 1510, qui, pour les effets de la séparation de dettes, met le mari et la femme sur la même ligne. On ne comprendrait pas quand la séparation de dettes a été stipulée par les deux époux, que les créanciers de la femme n'aient action que sur le mobilier de la femme, sans pouvoir s'attaquer à celui du mari, tandis que les créanciers du mari pourraient s'attaquer à tous les biens communs, y compris le mobilier de la femme. Sans doute le mari est le maître de la communauté et peut en cette qualité disposer du mobilier de la femme; mais ce n'est pas une raison pour que les créanciers aient le même droit quand la séparation de dettes a été stipulée précisément pour soustraire les biens mobiliers de la femme à l'action des créanciers du mari, Rodière et Pont, 2, n. 217 ; Troplong, n. 2042 ; Marcadé, sur l'art. 1510.—*Contrà*, Odier, 2, n. 777.—Quant aux meubles acquêts, ils sont considérés comme biens du mari, qui est le maître de la communauté, et, par conséquent, soumis à l'action de ses créanciers malgré la séparation des dettes, Troplong, n. 2044.] (Massé et Vergé.)

titre gratuit, pendant le mariage, a été constaté par un inventaire ou par un état authentique (1), art. 1510, alin. 2 et 3, et argument de cet article.

Mais, après la dissolution de la communauté, les créanciers de la femme antérieurs au mariage n'ont plus de recours contre le mari, lors même que les biens de la femme n'auraient point été inventoriés, sauf leur droit de saisir les créances de la femme sur son mari (2).

---

* *Cout. de Paris, art.* 222, cité par *Maleville*, ci-après.

---

* *Cout. d'Orléans, art.* 212. } Combien qu'il soit convenu entre deux conjoincts, qu'ils payeront séparément leurs debtes faites auparavant leur mariage ; ce néanmoins ils en sont tenus, s'il n'y a inventaire préalablement fait. Auquel cas ils demeurent quittes, représentant l'inventaire, ou l'estimation d'iceluy. (*C. de Par.*, art. 222.)

---

* *Lebrun, Comm., Liv.* 2, *ch.* 3, *sec.* 4, *n°* 1 *et s. et n°* 8. } 1. Il y a deux moyens de s'exempter des dettes de son conjoint : Le premier, de ne point avoir de Communauté ;

(1) [Il n'y a pas de raison pour que la même règle ne s'applique pas au mobilier échu au mari.] (Massé et Vergé.)

(2) [Après la dissolution de la cummunauté, les créanciers de l'un ou de l'autre des époux ne peuvent plus s'adresser à la communauté qui n'existe plus, de sorte que, soit qu'il y ait eu, soit qu'il n'y ait pas eu inventaire, ils ne peuvent s'attaquer qu'aux biens de leur débiteur, qui comprennent alors les biens communs échus en partage à chacun des époux : les créanciers du mari n'ont donc rien à demander à la femme qui n'est pas leur débitrice, et les héritiers de la femme n'ont rien à demander au mari qui n'est pas leur débiteur, Odier, 2, n. 782 ; Rodière et Pont, 2, n. 118 ; Troplong, n. 2015 et s. ; Marcadé, sur l'art. 1510.] (Massé et Vergé.)

car il n'y a que la Communauté qui oblige, par exemple, le mari de payer les dettes de sa femme. Le second est, la clause de séparation de dettes, apposée dans le Contrat de mariage, et l'inventaire fait des meubles des conjoints.

2. La clause de séparation de dettes doit être stipulée avant le mariage : sans cela *qui épouse la femme, épouse les dettes*, et la Communauté est des dettes mobilieres actives et passives, comme elle est des meubles appartenans aux conjoints. Le moment de la célébration du mariage donne ouverture à une Communauté à l'ordinaire, la Loi contractant au lieu de l'homme, et la clause qui survient après le mariage, ne peut pas révoquer cette Communauté déjà établie : ce qui a été expliqué au Livre 1, chap. 3, nomb. 6. Il en est de même de l'inventaire, il doit aussi être fait avant le mariage, pour faire valoir cette clause de séparation de dettes, et empêcher la poursuite des créanciers ; autrement la confusion a lieu au moment du mariage : les meubles ne se reconnoissent plus, le mari est censé avoir pris les meilleurs, et ne représenter que les moindres, ou plutôt ils sont censés appartenir au conjoint qui doit.

Si la femme veut s'exempter de payer après la dissolution du mariage, la moitié des dettes mobilieres créées par le mari avant son mariage, elle doit faire faire inventaire à son mari, et l'un et l'autre inventaire doit être avec les deux conjoints ; car tout inventaire qui est une formalité de Coutume, doit être fait avec un légitime Contradicteur. Cela a été jugé en l'espece, par Arrêt du 28 Avril 1646, rendu en la Premiere, avec les nommés Hutin. Cet Arrêt est dans les Mémoires de M. Auzanet, sur l'article 222 de la Coutume de Paris. Avec ces précautions, la femme aura la moitié des effets, exempte de ces dettes de son mari.

La raison est, que quoique la femme ne soit pas exposée à être poursuivie pendant le mariage ; comme elle le peut être après le mariage, lorsqu'elle accepte la Communauté, il est juste que pour se disculper, elle puisse distinguer les meubles que le mari possédait avant le mariage, sur lesquels les

créanciers des dettes anterieures au mariage se puissent venger ; autrement la séparation de dettes ne seroit que pour le mari. Cependant l'art. 222 de la Coutume de Paris la donne aux deux conjoints ; ce qui étant ainsi, il est juste que les meubles se séparent de part et d'autre par un inventaire : la confusion de ceux que le mari possedoit avant le mariage ne faisant pas moins de tort aux créanciers, à qui on oppose de la part de sa femme une séparation de dettes, quoiqu'elle partage la Communauté en l'état qu'elle est, que la confusion de ceux de la femme, lorsque le mari est poursuivi pendant le mariage pour les dettes particulieres de sa femme : ce qui se vérifiera en une espece rapportée au Livre 3, chap. 2, sect. 5, du partage de Communauté.

8. On ne peut pas non plus empêcher que les créanciers des dettes mobilieres créées par la femme avec hypoteque, auparavant son mariage, au cas même que par le Contrat de mariage il y ait clause de séparation de dettes, ne fassent décreter les propres de la femme ; et le mari n'est pas recevable à prétendre que les fruits lui doivent être réservés, car l'hypoteque a son cours, et le mariage survenu ne lui fait pas obstacle, et ne peut pas faire préjudice aux créanciers de la femme.

---

* *Renusson, Comm.*, 1re *part.*, *ch.* IX, *n*° 1. } Nous avons dit au Chapitre precedent que les dettes passives mobilieres que les conjoints ont creées avant leur mariage entrent en leur Communauté, et que leur Communauté en demeure chargée ; mais ceux qui se marient peuvent convenir qu'ils payeront separément leurs dettes creées avant leur mariage, et qu'elles seront acquittées par celui qui les aura creées sur ses biens. Cette clause n'est pas inutile, particulierement quand les personnes qui se marient sont majeures : car il y en a qui ont des dettes qu'ils dissimulent, il pourroit y avoir de la tromperie, un des conjoints pourroit avoir des dettes mobilieres qui consommeroient tous les effets de la Communauté ; le mari même en pourroit souffrir plus

grand prejudice que la femme : car les propres du mari pourroient estre consommez par les dettes passives mobilieres de la femme creées avant son mariage. Par exemple, une femme majeure fait des emprunts par cedule et obligation, elle vient depuis à se marier, elle dissimule ses dettes, le mari après le mariage celebré sera poursuivi au payement, ou s'il decede, ses heritiers seront poursuivis, et la femme renonçant à la Communauté après le décès de son mari, si elle est poursuivie, elle demandera d'estre acquittée sur les biens de son mari, et les propres du mari pourront estre vendus pour les dettes passives mobilieres de la femme, creées avant le mariage, et le bien du mari sera consommé pendant que la femme conservera ses propres. Cela fait voir que ceux qui se marient, et qui épousent des personnes majeures, ne doivent pas obmettre cette clause, afin qu'ils ne puissent souffrir aucun prejudice des dettes l'un de l'autre, creées avant leur mariage.

---

* 2 *Rogron, sur art.* 1510 *C. N.* } *Qu'ils paieront séparément leurs dettes personnelles.* L'article 1409 du Code fait tomber dans la communauté toutes les dettes mobilières contractées avant le mariage ; mais il peut arriver que cette disposition ne convienne pas aux époux, s'il existe une trop grande disproportion entre leurs dettes respectives : de là la faculté de stipuler la séparation des dettes. Mais il faut bien remarquer qu'il s'agit ici des dettes *antérieures* au mariage, car la communauté qui va s'établir entre les époux se composera nécessairement d'un actif et d'un passif.

Soit qu'il y ait eu inventaire ou non. Ainsi, bien qu'il n'y ait pas eu inventaire, les époux ne sont pas moins obligés de se faire raison de leurs dettes personnelles antérieures au mariage ; mais s'il y a eu inventaire, quant aux créanciers, il faut bien distinguer entre ceux de la femme et ceux du mari : ceux de la femme ne peuvent exercer leurs droits que sur le mobilier inventorié, appartenant à leur débitrice, parce qu'ils n'ont dû compter que sur celui-là, et non sur les autres biens

de la communauté, qui appartiennent au mari : les créanciers du mari, même lorsqu'il y a eu inventaire, pourront, au contraire, poursuivre leurs droits sur tous les biens de la communauté, et conséquemment sur le mobilier apporté par la femme ; car ce mobilier, durant le mariage, appartient au mari, comme tout le reste des biens de la communauté, en sa qualité de maître et chef de la communauté : quand il n'y a pas eu inventaire, les créanciers mêmes de la femme peuvent poursuivre leurs droits sur tous les biens de la communauté, parce que le mobilier de la femme, qui était leur gage, se trouve confondu avec tous les autres biens, par la faute du mari.

Antérieur au mariage. Sans cette condition, l'inventaire ne constaterait pas légalement l'apport au moment de la célébration ; s'il n'était pas *authentique*, on aurait pu l'antidater.

---

* 3 *Delvincourt*, *p.* 45. } La clause de *séparation de dettes,* est celle par laquelle les époux stipulent que la communauté ne sera point chargée des dettes que chacun d'eux a contractées avant le mariage.

Cette clause peut être expresse ou tacite. Elle est tacite, quand les époux apportent en communauté une somme déterminée, ou un corps certain. Ils sont censés par là promettre que ledit apport n'est point grevé de dettes antérieures au mariage (1) ; et, s'il en existe, il doit être fait raison, par l'époux débiteur, de tout ce dont l'apport promis se trouve diminué par le paiement desdites dettes.

La clause de séparation des dettes peut être considérée, soit à l'égard des époux, soit à l'égard des créanciers.

A l'égard des époux, son effet est de les obliger à se tenir respectivement compte, lors de la dissolution de la communauté, de toutes les dettes personnelles à chacun d'eux (2), qui seront justifiées avoir été payées sur les biens de ladite communauté.

A l'égard des créanciers, cette clause ne peut leur ôter le

droit de poursuivre leur paiement sur le mobilier appartenant à leur débiteur au moment du mariage, et sur celui qui lui échoit depuis. Mais le droit se borne là, s'ils sont créanciers de la femme (3) ; et ils ne peuvent poursuivre le mobilier faisant partie de la communauté, ni, à plus forte raison, celui qui appartient au mari, pourvu toutefois que celui de leur débitrice ait été constaté par des inventaires, ou autres actes authentiques ; et même, s'il s'agit du mobilier apporté lors du mariage, il faut que l'acte qui le constate, soit antérieur à la célébration (4). A défaut de ces actes, les créanciers des époux (5) peuvent poursuivre leur paiement sur tout le mobilier non inventorié, comme sur tous les autres biens de la communauté (6).

La clause de séparation des dettes, même quand il y a état ou inventaire, n'a d'effet qu'à l'égard des capitaux dus. Les intérêts ou arrérages étant regardés comme une charge des fruits dont jouit la communauté, elle est tenue de payer ceux qui ont couru depuis le mariage (7).

(1) *N'est point grevé de dettes antérieures au mariage.* En effet *bona non intelliguntur, nisi deducto œre alieno.* L'apport se trouverait donc diminué de toutes les dettes dont il serait grevé : l'époux n'apporterait donc pas à la communauté ce qu'il a promis d'y apporter. D'ailleurs, dans ce cas, la communauté acquiert a titre singulier. Or, les acquéreurs à titre singulier ne sont pas tenus des dettes. (Argument tiré de l'article 874.) *Æs alienum est onus universi patrimonii, non certarum rerum.*

(2) *De toutes les dettes personnelles à chacun d'eux.* Que doit-on entendre par les dettes personnelles aux époux, qui sont comprises dans la clause de séparation de dettes ? Ce sont toutes celles qui ont été contractées par eux avant le mariage, quand l'obligation se serait devenue exigible, ou même ne serait née, que depuis le mariage : ce qui comprend,

Les obligations contractées sous condition, quoique la condition ne soit accomplie que pendant le mariage ;

Les obligations contractées à terme, échues aussi depuis le mariage.

Quid, à l'égard des dépens auxquels l'époux a été condamné depuis le mariage, par suite de procès commencés auparavant ?

Lorsque c'est la femme qui avait le procès, Pothier, n° 357, distingue : Si le mari a repris l'instance, ou s'il a autorisé sa femme à la continuer, les frais faits depuis le mariage, sont, suivant cet auteur, à la charge de

la communauté; mais si la femme a été autorisée par justice, au refus du mari, alors il pense que les frais sont compris dans la clause de séparation des dettes. Cette distinction peut être suffisante à l'égard des tiers; mais à l'égard des époux entre eux, il me semble qu'il faut en outre distinguer si l'objet du procès est personnel à la femme, on s'il est de nature à tomber dans la communauté. S'il est personnel à la femme, les frais doivent être à sa charge, soit qu'elle ait été autorisée par son mari, ou par justice, à reprendre l'instance. La communauté n'ayant rien à gagner par le gain du procès, ne doit être tenue des frais dans aucun cas. Mais si l'objet du procès était de nature à tomber dans la communauté, la distinction de Pothier doit être admise, sauf ce qui est dit au premier alinéa de l'article 1510, relativement au droit qu'ont les créanciers de la femme de poursuivre, dans certains cas, les biens de la communauté.

Je pense que la même distinction doit avoir lieu entre les époux, si c'était le mari qui avait le procès. Si l'objet litigieux était de nature à tomber dans la communauté, elle doit être tenue des frais, puisqu'elle aurait eu le bénéfice. Il est censé avoir apporté la chance, ou le procès lui-même, à la communauté; mais si l'objet est personnel au mari, les frais doivent être à sa charge.

(3) *S'ils sont créanciers de la femme*, et encore pourvu qu'ils aient acquis une date certaine, antérieure au mariage.

(4) *Il faut que l'acte qui le constate, soit antérieur à la célébration.* Cela est exigé pour empêcher la fraude. Si donc l'acte, quoique postérieur au mariage, est de nature à exclure le soupçon de fraude, je pense qu'il aurait le même effet que s'il était antérieur au mariage. Ainsi, une femme se marie, et apporte en mariage ses droits à une succession ouverte : le montant de son mobilier sera suffisamment constaté par le partage, quoique postérieur au mariage.

(5) *Les créanciers des époux.* Le droit des créanciers du mari et de ceux de la femme, ayant date certaine, est le même quand il n'y a pas eu inventaire : ils peuvent poursuivre également le mobilier des époux et celui de la communauté, mais il n'en est pas de même quand il y a eu inventaire. Les créanciers de la femme ne peuvent alors, comme nous l'avons dit, poursuivre que le mobilier de leur débitrice; au lieu que les créanciers du mari peuvent poursuivre, non seulement le mobilier du mari, mais encore celui de la communauté. Cela tient au principe que la communauté est, pendant le mariage, et à l'égard des tiers, la propriété du mari.

(6) *Comme sur tous tes autres biens de la communauté.* Quel sera le droit des créanciers de la femme après la dissolution de la communauté?

Pothier, n. 364, prétend que même, quand il n'y a pas d'inventaire, ils n'ont plus d'action contre le mari, et qu'ils n'ont que la ressource de saisir-arrêter ce qu'il peut devoir à leur débitrice. Je ne partage pas cette opinion. Je crois que le défaut d'inventaire met les époux, vis-à-vis des créanciers, dans la même situation que s'il n'y avait pas de clause de séparation des dettes : et l'on va voir que cela est juste. Supposons qu'une femme, ayant des dettes personnelles, se marie sous le régime de la communauté, avec la clause de séparation des dettes. Il lui échoit, pendant la communauté, des successions mobilières, dont il n'est pas fait d'inventaire. Il résulterait du système de Pothier, que le mari profiterait au moins de moitié de ces successions, et ne serait tenu en aucune manière des dettes de la femme. On peut d'ailleurs, tirer avantage, pour notre opinion, du dernier alinéa de l'article 1416.

(7) *Ceux qui ont couru depuis le mariage.* Quant à ceux qui étaient échus auparavant, ils sont compris dans la clause de séparation des dettes. Les époux pourraient-ils stipuler que la communauté ne sera pas tenue des arrérages échus depuis le mariage? Il me semble que cette clause devrait être regardée comme contraire à l'équité, et par conséquent, comme nulle; et cela, par argument tiré de l'artcle 1521.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, nos 351-3 *et s.* 361 *et s.* 370 *et s.* } 351. La *convention de séparation de dettes* est une convention par laquelle les parties conviennent par leur contrat de mariage, " que leur communauté ne sera point chargée des dettes que chacune d'elles a contractées avant le mariage."

Cette convention se fait ordinairement en ces termes: *chacun des futurs conjoints acquittera séparément ses dettes faites auparavant le mariage.* Elle peut se faire par quelques autres termes que ce soit.

353. Les dettes comprises dans la convention se séparation de dettes, sont les dettes des conjoints qui sont antérieures au mariage.

La convention comprend non-seulement les dettes dont chacun des conjoints était débiteur envers des tiers, mais pareillement celles dont l'un des conjoints était débiteur envers l'autre. Par exemple, si Pierre épouse Marie, qui

était sa débitrice d'une somme de cinq cents livres; s'il n'y a ni réalisation de la créance de Pierre, ni séparation de dettes, cette dette entrant en communauté tant en actif que passif, il s'en fera confusion et extinction entière. S'il y a séparation de dettes, il ne se fera pas de confusion de cette dette, si ce n'est lors de la dissolution de communauté, pour la moitié qu'auront dans les biens de la communauté Marie ou ses héritiers, lesquels continueront d'être débiteurs de l'autre moitié de la dette envers Pierre ou ses héritiers: si Marie renonce à la communauté, elle continuera d'en être débitrice pour le total.

Vice versá, si c'était Pierre qui fût débiteur de cette somme envers Marie, lorsqu'il l'a épousée, la séparation de dettes aura cet effet, que, lors de la dissolution de communauté, Pierre continuera d'en être débiteur envers Marie et ses héritiers, pour la part qu'ils auront dans la communauté. Si Marie, en vertu d'une clause de son contrat de mariage, reprenait son apport, en renonçant à la communauté, Pierre continuerait d'être débiteur envers elle de cette somme pour le total.

354. Les dettes antérieures au mariage, qui sont exclues de la communauté par la convention de séparation de dettes, sont celles que chacun des conjoints a contractées avant le mariage.

De là il suit qu'une dette que l'un des conjoints a contractée avant le mariage, quoique sous une condition qui n'a été accomplie que depuis le mariage, est comprise dans la séparation de dettes.

A plus forte raison celle qui a été contractée sans condition avant le mariage, doit-elle y être comprise, quoique le terme du paiement ne soit arrivé que depuis le mariage.

355. Par la même raison, les dettes contractées avant le mariage, sont comprises dans la séparation de dettes, quoiqu'elles n'aient été liquidées que depuis le mariage.

En conséquence, lorsque l'un des conjoints a été condamné, durant le mariage, en une certaine somme envers quelqu'un,

pour réparation civile d'un délit commis avant le mariage, cette réparation adjugée par la sentence, quoique rendue durant le mariage, est comprise dans la convention de séparation de dettes : car c'est une dette antérieure au mariage ; la sentence n'a fait que la liquider ; elle a été contractée par le délit commis avant le mariage.

361. L'effet qu'a la convention de séparation de dettes, à l'égard des conjoints entre eux, est que, si les dettes exclues de la communauté par cette convention, ont été acquittées des deniers de la communauté, le conjoint qui en était débiteur, ou ses héritiers, en doivent récompense à la communauté lors de sa dissolution. Nous traiterons de cette récompense *infrà* partie 4.

362. A l'égard des créanciers, la convention de séparation de dettes ne peut empêcher les créanciers de la femme de demander au mari, durant la communauté, le paiement des dettes de la femme, quoiqu'exclues de la communauté, à moins qu'il ne soit en état de leur représenter un inventaire des biens mobiliers de sa femme qui lui sont parvenus, et de leur en compter.

C'est la disposition de l'art. 222 de la coutume de Paris, qui est conçu en ces termes : " Et combien qu'il soit convenu " entre deux conjoints qu'ils paieront séparément leurs dettes " faites auparavant le mariage, ce néanmoins ils en seront " tenus, s'il n'y a inventaire préalablement fait ; auquel cas " ils demeurent quittes, représentant l'inventaire, ou l'esti- " mation d'icelui."

Cette disposition a été copiée dans les mêmes termes dans notre coutume d'Orléans, en l'art. 212 : elle doit avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, ayant été insérée dans la coutume de Paris lors de sa réformation, et formée sur la jurisprudence qui s'observait alors.

363. La coutume exige deux choses du mari, pour qu'il puisse se dispenser du paiement des dettes de sa femme, antérieures à son mariage, quoiqu'exclues de la communauté par une convention de séparation de dettes.

1° Elle exige qu'il ait fait un inventaire des biens mobiliers de sa femme qu'elle lui a apportés en mariage.

Le futur conjoint doit faire cet inventaire avec sa future femme avant le mariage. C'est ce qui résulte de ces termes, *s'il n'y a inventaire* PRÉALABLEMENT *fait*.

Il doit être fait par-devant notaires ; ou s'il a été fait sous les signatures privées des parties, il faut qu'il ait été reconnu par acte devant notaires, avant la célébration du mariage, pour en rendre la date certaine.

Lorsque le contrat contient par détail les biens mobiliers que la femme apporte en mariage, il tient lieu de cet inventaire.

Le compte rendu à la femme, quoique depuis le mariage, peut tenir lieu de cet inventaire, lorsque celui qui lui rend compte a administré ses biens jusqu'au temps de son mariage.

Le mari doit comprendre dans cet inventaire tous les effets mobiliers que la femme a apportés en mariage, sans aucune exception, tant ceux qu'elle a mis en communauté, que ceux qu'elle a réalisés par une stipulation de propres.

Il y a quelque chose de particulier pour le cas auquel une veuve débitrice d'un compte de tutelle envers ses enfans d'un premier mariage, contracte un second mariage, avec une convention de séparation de dettes. Par arrêt de règlement du 14 mars 1731, la Cour a ordonné qu'en ce cas, soit qu'il y ait communauté stipulée (avec la clause de séparation de dettes), soit qu'il y ait exclusion de communauté, l'inventaire ne sera réputé valable, s'il n'est fait avant la célébration du mariage, devant notaires, et en présence d'un tuteur nommé pour cet effet par le juge, sur un avis de parents, aux enfants à qui le compte est dû. Faute de l'observation de ces formalités, le second mari est tenu solidairement avec sa femme, du compte de tutelle envers les enfants, nonobstant la clause de séparation de dettes, ou même d'exclusion de communauté ; sauf son recours contre sa femme.

364. La seconde chose que la coutume exige, est que, sur la demande des créanciers de la femme, le mari leur repré-

sente l'inventaire, ou l'estimation d'icelui : elle dit : *Il demeure quitte, représentant l'inventaire, ou l'estimation d'icelui.* C'est-à-dire qu'il doit abandonner auxdits créanciers les effets compris dans l'inventaire qu'il doit leur représenter, qui se trouvent en nature, pour par lesdits créanciers se venger sur lesdits effets pour le paiement de leurs créances ; et à l'égard des effets compris audit inventaire, qui ne se trouvent plus en nature, il doit leur compter du prix qu'il en a reçu ou dû recevoir, et de l'emploi qu'il en a fait pour le paiement des dettes de sa femme ; et s'il lui reste quelque chose du prix desdits meubles entre les mains, il doit le leur remettre.

Il n'importe que lesdits effets aient été réalisés par une stipulation de propres : le mari ne doit pas moins les représenter aux créanciers, s'ils se trouvent en nature, ou compter du prix, s'ils ne se trouvent pas. La réalisation qui en a été faite, n'a aucun effet vis-à-vis des créanciers, et elle n'empêche pas qu'ils ne puissent être saisis et exécutés comme toute autre espèce de meubles.

Il n'importe aussi qu'ils aient été apportés sous le nom de dot, et qu'il ne reste aucuns autres biens de la femme pour soutenir les charges du mariage ; car la coutume ne fait aucune distinction.

Le mari doit aussi compter aux créanciers des biens mobiliers qui seraient échus à sa femme depuis le mariage, de même que de ceux compris en l'inventaire.

A l'égard des fruits des biens de la femme que le mari a perçus durant le mariage, jusqu'à la demande des créanciers, il n'est pas obligé de leur en compter, étant censé les avoir consommés de bonne foi, *ad sustinenda onera matrimonii.*

Il reste à observer que c'est seulement pendant la durée de la communauté, que le mari peut être poursuivi pour dettes de sa femme, quoiqu'exclues de la communauté par une convention de séparation de dettes, faute de rapporter un inventaire : après la dissolution de communauté, les créanciers de la femme ne peuvent plus demander au mari le paiement de leurs créances ; ils n'ont contre lui que la voie de la

saisie et arrêt de ce qu'il pourrait devoir à la femme, leur débitrice.

370. Il résulte de tout ce que nous venons de dire de la clause par laquelle les parents de l'homme le déclarent franc et quitte de dettes, que cette convention est entièrement différente de la convention de séparation de dettes.

1° La convention de séparation de dettes est une convention qui intervient entre les deux futurs conjoints : au contraire, la clause de franc et quitte est une convention qui n'intervient pas entre les futurs conjoints, mais qui n'intervient qu'entre la femme et les parents de l'homme, qui le déclarent franc et quitte. Il n'y a, par cette convention, que lesdits parents qui contractent une obligation envers la femme ; l'homme qui est marié franc et quitte, n'en contracte aucune, et n'est pas censé partie à la convention.

371. 2° La convention de séparation de dettes concerne la communauté de biens qui doit être entre les futurs conjoints : elle a pour objet d'en exclure la charge de leurs dettes antérieures au mariage ; chacun d'eux s'oblige réciproquement d'indemniser la communauté de ce qui en serait tiré pour payer les dettes antérieures au mariage.

Au contraire, la clause par laquelle les parents du futur conjoint le déclarent franc et quitte, ne concerne pas la communauté de biens qui doit être entre les futurs conjoints : elle peut intervenir dans un contrat de mariage par lequel il y aurait exclusion de communauté ; et lorsqu'il y a communauté, cette clause n'a pas pour objet d'exclure de la communauté la charge des dettes du futur conjoint antérieures au mariage ; son unique objet est que lesdites dettes n'empêchent pas la femme de pouvoir être payée sur les biens de son mari, comme nous l'avons expliqué.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1510 *C. N.* } Cet article est l'explication de l'article 222 de la Coutume de Paris, qui était ainsi conçu : " *Combien qu'il soit convenu entre deux conjoints*

" *qu'ils paieront séparément leurs dettes faites avant leur ma-*
" *riage, ce néanmoins qu'ils en sont tenus s'il n'y a inventaire*
" *préalablement fait; auquel cas ils demeurent quittes, repré-*
" *sentant l'inventaire ou l'estimation d'icelui.*"

On distinguait l'effet de la clause de séparation de dettes quant aux époux entre eux, et quant à des tiers; sous le premier rapport elle était exécutée, quoiqu'il n'eût pas été fait d'inventaire ; mais s'il n'y avait pas d'inventaire, elle n'avait aucun effet contre les créanciers: c'est aussi ce que dit notre article. *Voy.* Renusson, *Communauté*, part. 1, ch. 11.

On regardait comme dettes contractées avant le mariage, celles mêmes qui l'étaient sous une condition qui ne s'était accomplie que pendant le mariage; ou qui n'avaient été liquidées qu'alors; les amendes pour délits commis auparavant; les dépens d'un procès commencé avant le mariage, quoiqu'il n'eût été jugé que depuis, excepté que si le procès regardait la femme, le mari ne l'eût autorisée à le continuer, auquel cas les dépens demeuraient à la charge de la communauté ; *secùs* si au refus du mari la femme avait été autorisée par justice. Mais s'il s'agissait d'un compte d'une administration dont le mari eût été chargé avant le mariage, le reliquat de ce compte ne demeurait à la charge de la communauté que pour les articles postérieurs au mariage. *Voy.* sur tout cela Pothier, part. 1, chap. 3, art. 5, §. 1er ; le Répertoire, verbo *Communauté*, part. 4. La jurisprudence doit être la même aujourd'hui.

Mais les intérêts et arrérages des dettes contractées avant le mariage demeurent charges de la communauté, pour tout ce qui en est couru pendant le mariage, malgré la clause de séparation des dettes. *Mêmes autorités.*

Lorsque la coutume disait, *en représentant l'inventaire ou l'estimation d'icelui*, cela voulait dire, en représentant les effets contenus dans l'inventaire ou leur prix, s'ils avaient été aliénés.

L'inventaire peut être suppléé par un compte de tutelle,

par un partage, comme nous l'avons dit sur l'article 1502, mais non par un état sous seing privé fait entre les conjoints.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1510 *C. N.* } 357. Il y a deux manières de se soustraire au paiement des dettes antérieures au mariage. L'une est l'exclusion de communauté ; l'autre est la clause de séparation de dettes. Elle doit être stipulée avant le mariage. Sans cela elles tombent irrévocablement dans la communauté sans qu'on puisse les en exclure par aucun moyen. C'est le fondement de l'adage trivial, *qui épouse la femme, épouse les dettes.*

Cette clause peut être rédigée de toutes les manières, pourvu que l'intention des parties soit évidente. Ordinairement on la fait en ces termes : " *Ne seront cependant tenus des " dettes antérieures au futur mariage, lesquelles seront acquit- " tées par celui des futurs qui les aura faites et créées, et sur " ses biens.*"

Cette clause comprend toutes les dettes contractées avant le mariage, et les arrérages échus antérieurement à sa célébration.

Elle comprend non seulement les dettes contractées envers des tiers, mais même celles dont les conjoints pouvaient être débiteurs l'un envers l'autre. En conséquence il ne se fera pas confusion de ces dettes.

Il suffit que la dette fût contractée avant le mariage, pour qu'elle soit comprise dans la clause. Il n'importe que la liquidation n'en ait été faite, ou que le terme n'en soit échu que depuis ; et même que la condition qui pouvait suspendre l'obligation ne se soit accomplie que postérieurement. Comme son effet est rétroactif au jour du contrat, la dette existait avant le mariage ; ce qui suffit pour lui appliquer la clause.

Les frais d'un procès commencé par le mari avant le mariage, sont compris dans la séparation, quoiqu'il n'y ait été condamné que depuis, parce que la cause de cette dette est

antérieure au mariage, et que c'est en soutenant une mauvaise contestation, ou en formant une demande mal fondée, qu'il a pris l'engagement de les payer. Si, depuis le mariage, il a été formé de nouvelles demandes, les frais faits sur ces nouvelles actions entreront dans la communauté, parce que leur cause est postérieure au mariage.

Quant à un procès qui aurait été commencé par la femme avant le mariage, il faut distinguer. Si le mari le reprend et le suit, il n'y aura que les frais faits avant le mariage qui seront compris dans la clause de séparation de dettes; que s'il refuse de suivre le procès, et que la femme se fasse autoriser par justice à le continuer, tous les frais soit antérieurs, soit postérieurs au mariage, seront à la charge de la femme seule.

En un mot, la clause de séparation de dettes s'applique à toutes celles dont la cause est antérieure au mariage.

Il suit de là que si l'un des époux est condamné, pendant le mariage, à des réparations civiles, pour raison d'un délit ou quasi-délit par lui commis avant le mariage, cette dette n'entre point dans la communauté.

Quant à l'amende, il y avait autrefois question, parce que le conjoint paraissait n'en devenir débiteur que par le jugement de condamnation. Il ne peut plus y avoir de doute aujourd'hui à décider qu'elle est comprise dans la séparation de dettes. Le Code civil confirme, à cet égard, l'avis de Lebrun, qu'il étend même au cas de la communauté légale.

358. L'effet de la clause de séparation de dettes entre les époux, est de faire que leur communauté ne soit point chargée de toutes celles qui ont été contractées avant le mariage, en sorte que si quelques unes, ou toutes ont été acquittées de ses deniers, l'époux libéré est tenu de lui en faire compte, et lui doit récompense du montant. Cela a lieu, comme le dit notre article, indistinctement et dans tous les cas.

A l'égard des tiers, cette clause n'a par elle-même aucun effet. Elle n'empêche point que les créanciers, soit du mari,

soit de la femme, ne puissent poursuivre leur paiement contre la communauté et sur ses biens.

Les Coutumes de Paris et d'Orléans faisaient une exception à cette règle, lorsque les biens apportés au mariage avaient été constatés par un inventaire.

Ces deux articles, conçus l'un et l'autre dans les mêmes termes, portaient: "Et combien qu'il soit convenu entre " deux conjoints qu'ils paieront séparément leurs dettes faites " auparavant le mariage, ce néanmoins ils en seront tenus " s'il n'y a inventaire préalablement fait, auquel cas ils de- " meurent quittes, représentant l'inventaire ou l'estimation " d'icelui."

Le Code civil confirme ce Droit par la seconde disposition de notre article. Il veut, comme ces Coutumes, que cet inventaire, ou autre acte authentique qui peut le remplacer, soit antérieur au mariage. Ainsi, un inventaire ou un état que les époux auraient fait, même pardevant notaire, depuis le mariage, ne pourrait point arrêter les poursuites des créanciers. Encore moins l'état sous seing privé par lequel M. Pothier dit que les époux peuvent, depuis le mariage, constater la quantité des biens qu'ils y ont apportés, pourrait-il avoir cet effet.

359. Le Code civil, ainsi qu'on le remarque, n'exige point absolument et exclusivement un inventaire. Il peut être remplacé par tout autre acte authentique antérieur au mariage, qui constate les effets et les biens que les époux possédaient au temps du mariage. En cela il confirme la doctrine des auteurs.

Ainsi le contrat de mariage, lorsqu'il contient l'énumération de ces biens, est suffisant. Il en est de même d'un compte de tutelle rendu régulièrement avant le mariage. M. Pothier lui attribue même cet effet, quoique rendu depuis le mariage, lorsque le comptable a administré les biens du conjoint jusqu'au moment de l'union. Nous pensons qu'il faut suivre cette décision, malgré les termes du Code civil, parce que cet acte ne peut être susceptible ni suspecté de fraude.

Cet inventaire ou cet acte doit comprendre tous les biens que l'époux a apportés, même ceux réalisés par une stipulation de propres.

Lorsque la communauté est poursuivie pour raison de quelque dette de la femme, antérieure au mariage, le mari peut repousser l'action du créancier, et se faire renvoyer de la demande, en représentant cet inventaire ou acte authentique, ainsi que les effets qui y sont énoncés, s'ils existent en nature, ou en comptant de leur valeur suivant l'inventaire, s'ils n'existent plus. Il doit représenter les meubles réalisés comme les autres, ou en compter, parce que la clause de réalisation n'empêche point, ainsi que nous l'avons vu, que ces meubles ne se confondent dans la communauté tant qu'elle dure, et n'a en conséquence aucun effet contre les créanciers.

Le mari a le même droit à l'égard des meubles échus à la femme depuis le mariage, sous la même condition qu'ils soient constatés par un inventaire ou autre acte authentique non suspect.

360. Il y a un cas où l'inventaire devait être revêtu de formes particulières. C'est celui où le mari avait épousé une femme ayant, d'un précédent mariage, des enfants dont elle était tutrice. Suivant un arrêt de réglement du Parlement de Paris, du 14 mars 1731, l'inventaire n'était réputé valable qu'autant qu'il était fait avant la célébration du mariage, devant notaire, et en présence d'un tuteur *ad hoc* nommé aux enfans. Faute de ces formalités, le mari était tenu solidairement avec sa femme du compte de tutelle dû aux enfans, nonobstant la clause de séparation de dettes, et même nonobstant celle d'exclusion de communauté.

Faut-il encore se conformer à cette disposition ?

On peut opposer l'article 395, au titre de la Tutelle, qui porte que si la mère tutrice a convolé en secondes noces sans assembler la famille pour statuer sur la tutelle de ses enfans, le second mari sera solidairement responsable avec elle de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conser-

vée. On dira que cet article ne distingue pas s'il y a eu ou non inventaire.

Mais d'abord on pourrait rétorquer l'argument. Celui sur lequel nous écrivons ne distingue pas davantage. Il statue que le mari, dans le cas de la clause de séparation de dettes, ne sera pas tenu de celles de la femme, antérieures au mariage, au delà de la valeur des biens qu'elle aura apportés, quand ils seront constatés par un inventaire. On en peut conclure, avec raison, que cette disposition s'applique au compte de tutelle dû par la femme aux enfans d'un précédent mariage, comme aux autres dettes.

D'un autre côté, le Code civil, en l'article 395, ne règle pas la communauté. Il n'a en vue que les cas ordinaires. On ne voit aucune raison de refuser pour ce cas, au mari, l'exercice du privilége que la loi lui donne, quand il a été satisfait à ses dispositions.

Enfin l'objection même n'a pas de fondement. L'inventaire devant être fait avec un tuteur *ad hoc* nommé aux enfans, la famille convoquée pour nommer ce tuteur sera nécessairement avertie du second mariage de la femme. Si elle ne retire point la tutelle à la mère, il ne peut y avoir lieu à la peine prononcée par l'article 395.

Mais, dans ce cas, le mari sera toujours cotuteur des enfans, et malgré la clause de séparation de dettes, il sera tenu des actes de la tutelle, postérieurs au mariage. La raison en est simple. C'est que les dettes auxquelles ces actes peuvent donner lieu, sont aussi postérieures au mariage. Il n'y a que le reliquat des articles antérieurs qui puisse être compris dans la clause de séparation de dettes.

Il est évident que la femme, pendant la durée du mariage, ne peut pas user du même droit. Tous les biens meubles se confondant dans la communauté, sauf la reprise de la valeur de ceux réalisés, lors de la dissolution, les créanciers du mari peuvent, tant qu'elle dure, exercer leurs actions sur tous les biens qu'ils y trouvent.

Lebrun dit que l'inventaire est utile à la femme pour n'être

pas tenue, après la dissolution de la communauté, des dettes du mari antérieures au mariage. On ne sait ce que cela signifie; car ces dettes n'étant point entrées dans la communauté, la femme, après sa dissolution, n'en peut être tenue d'aucune manière.

Il nous semble que cet inventaire ne peut lui être utile que pour exercer le privilége qu'elle a sur ceux qui existent encore, à raison de la reprise des objets réservés propres.

1397. Lorsque les époux apportent dans la communauté une somme certaine ou un corps déterminé, un tel apport emporte la convention tacite qu'il n'est point grevé de dettes antérieures au mariage, et il doit être fait raison par l'époux débiteur à l'autre de toutes celles qui diminueraient l'apport promis.

1397. When either of the consorts brings into the community a certain sum or a determinate object, such a contribution implies a tacit agreement that it is not encumbered with debts anterior to the marriage, and he must account to the other for all such incumbrances as lessen its value.

---

* *C. N.* 1511. } Lorsque les époux apportent dans la communauté une somme certaine ou un corps certain, un tel apport emporte la convention tacite qu'il n'est point grevé de dettes antérieures au mariage ; et il doit être fait raison par l'époux débiteur à l'autre, de toutes celles qui diminueraient l'apport promis.

Voy. autorités sur art. 1396.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1511 *C. N.* } 361. Cet article résout la question que nous avons traitée sur l'article 1500 ci-dessus, et la résout conformément à la décision de M. Pothier ; mais il la résout d'une manière plus générale et plus absolue.

Il suit de sa disposition, que l'apport déterminé à la communauté emporte séparation de dettes, quand il est égal de chaque côté, comme quand il est inégal ; et quoiqu'il soit ou non réciproque.

S'il n'y avait d'apport que d'un côté, il n'y aurait exclusion de la communauté que pour les dettes de l'époux qui ferait l'apport. C'est ce qui résulte évidemment des termes de cet article. C'est aussi ce qui résulte de l'effet de l'apport, qui est d'opérer la réalisation du surplus des biens meubles. Il serait contre l'équité que la communauté qui ne reçoit pas les biens, fût néanmoins chargée des dettes.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1511, *C. N.* } La décision contenue dans cet article est une chose toute simple ; mais il y a une grande question sur le même objet, qu'il a laissée de côté, c'est de savoir si par le seul effet de l'apport en communauté d'une somme certaine ou d'un corps certain, la séparation de dettes antérieures au mariage, n'est pas censée convenue.

La Thaumassière, dans ses questions sur la Coutume de Berri, avait soutenu l'affirmative. Lebrun, liv. 2, chap. 3, n. 6, réfute cette opinion. Pothier, n. 352, combat à son tour les raisons de Lebrun, qu'il trouve très-mauvaises, et dit que si les coutumes chargent la communauté des dettes mobilières de chacun des époux, c'est parce qu'elles y font entrer aussi l'universalité de leur mobilier ; mais si au lieu de cette universalité, ils n'y mettent qu'un corps ou une somme certains, on doit décider par cela seul que la communauté n'est pas chargée de leurs dettes antérieures au mariage ; car les dettes ne sont charges que d'une universalité de biens, et non de

choses certaines : *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum onus est*, suivant la résolution commune des Docteurs *ad L.* 50, § 1, ff. *de judic.* Je suis de l'avis de Pothier.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Introd. tit.* 10, *Cout. d'Orléans*, *nos* 64, 65. } 64. Les dettes que les conjoints doivent lors de leur mariage, et que la coutume fait tomber en la communauté, en sont exclues par la clause de séparation de dettes.

65. C'est une question, si, lorsque les conjoints ont apporté chacun en communauté une somme certaine, il y a lieu à cette séparation de dettes, quoique non exprimée ? Lebrun tient la négative (liv. 2, ch. 3, sect. 3, nos 6 et suiv.) Je crois préférable l'opinion de La Thaumassière (sur art. 7 du titre 8 de la coutume de Berry), qui tient l'affirmative, et que j'ai vu autrefois être l'avis unanime de tous les officiers, avocats, et praticiens du bailliage d'Orléans. En effet, la coutume ne fait tomber en communauté les dettes mobilières des conjoints que parce qu'elles sont une charge naturelle de l'universalité de leurs biens mobiliers dont elle compose leur communauté : mais, lorsqu'il a plu aux conjoints de la composer autrement, non de l'universalité de leur mobilier, mais d'une somme certaine que chacun y apporte, leurs dettes, par une raison contraire, n'y doivent pas tomber ; parce que *æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum* (*aut summarum*) *onus est. V.* L. 50, § 1, ff. *de Judiciis.* Ajoutez que le contrat de communauté étant de la classe des contrats commutatifs, dans lequel, selon la nature de ces contrats, chacune des parties est censée vouloir recevoir autant qu'elle donne, et par conséquent faire un apport égal, on doit présumer, lorsque deux futurs conjoints ont promis apporter en communauté chacun une certaine somme, *putà*, de dix mille livres, qu'ils ont entendu *dix mille livres de net, et toutes dettes payées ;* autrement l'égalité qu'ils sont censés s'être proposée selon la nature de ce contrat, serait renversée : car celui qui

ne devrait rien, apporterait dix mille livres effectives, pendant que l'autre qui devrait beaucoup n'apporterait rien d'effectif.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *n°* 352. } 352. C'est une question, si, lorsque les conjoints ont, par leur contrat de mariage, apporté chacun une somme certaine ou quelque corps certain, pour en composer leur communauté, leurs dettes antérieures au mariage doivent être, par cela seul, censées exclues de la communauté, sans qu'il soit besoin d'une convention expresse de séparation de dettes. C'est l'avis de La Thaumassière, dans ses questions sur la coutume de Berri (tit 8, art. 7). Je le crois conforme aux principes. Si les coutumes chargent la communauté des dettes mobilières de chacun des conjoints, antérieures au mariage, c'est qu'elles y font entrer l'universalité de leurs biens mobiliers, dont, suivant les principes de l'ancien droit français, les dettes mobilières sont une charge : mais, lorsque les conjoints ont composé autrement leur communauté conventionnelle, et qu'au lieu d'y apporter l'universalité de leurs biens mobiliers, ils n'y ont apporté chacun qu'une somme certaine ou des corps certains pour la composer, on doit, par une raison contraire, décider que cette communauté ne doit pas être chargée de leurs dettes antérieures au mariage ; car les dettes ne sont charges que d'une universalité de biens, et non de choses certaines ou de sommes certaines : *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum onus est : Doctores ad* L. 50, § 1er, ff. *de Judic.*

Cela doit surtout avoir lieu lorsque les futurs conjoints ont fait chacun un apport égal ; comme lorsqu'il est dit que, pour composer la communauté, les futurs conjoints y apporteront chacun une somme de dix mille livres, cette somme de dix mille livres que chacun promet apporter, doit être entendue d'une somme de dix mille livres effective, *de net, et toutes dettes payées :* car la communauté conventionnelle à

laquelle chacun des conjoints apporte une somme égale, est de la classe des contrats commutatifs, de la nature desquels il est que les contractants s'y proposent l'égalité, et que chacun d'eux ait intention d'y recevoir autant qu'il donne. Mais cette égalité, que les futurs conjoints sont présumés s'être proposée, serait entièrement renversée, si, pendant que celui des conjoints qui ne doit rien, y apporterait dix mille livres effectives, celui qui doit beaucoup, en apportant ses dettes avec la somme de dix mille livres qu'il a promis d'apporter, n'y apporterait rien, ou presque rien d'effectif.

Nonobstant ces raisons, Lebrun, liv. 2, ch. 2, n° 6, est d'avis contraire ; et il entreprend de réfuter l'opinion de La Thaumassière. Les raisonnements qu'il emploie pour cela me paraissent mauvais, et ne renferment que des pétitions de principe. Il dit en premier lieu, *que l'apport ne règle point les dettes, ni les dettes ne règlent point l'apport.* On ne sait pas trop ce qu'il veut dire : mais, s'il veut dire que pour régler si la communauté doit être chargée des dettes des conjoints antérieures au mariage, on ne doit pas considérer de quoi l'apport de chacun des conjoints est composé : si c'est d'une universalité de biens, qui est une chose qui renferme la charge de dettes ; ou si c'est d'une somme certaine, ou d'un corps certain, qui sont des choses qui ne renferment pas cette charge ; c'est poser pour principe ce qui fait précisément l'objet de la question, et par conséquent une pétition de principe.

Il dit, en second lieu, *que toutes les dettes mobilières, en quelque temps qu'elles soient créées, sont à la charge de la communauté, s'il n'y a convention contraire.* C'est encore une pétition de principe ; car c'est précisément ce qui est en question : si une communauté dans laquelle les conjoints n'ont apporté chacun qu'une somme certaine, et non l'universalité de leur mobilier, est chargée de leurs dettes mobilières antérieures au mariage, quoiqu'il n'y ait pas de convention expresse qui les exclue.

Il dit, en troisième lieu, *que l'apport égal n'empêche pas qu'il*

n'y ait ordinairement entre les conjoints une industrie inégale, et des dettes inégales, qui ne sont point censées rompre l'égalité de cet apport. Il veut dire que, lorsque deux conjoints promettent chacun apporter une somme égale, *putà*, une somme de dix mille livres chacun; quoique l'un d'eux charge la communauté plus que l'autre, par ses dettes, il est néanmoins vrai de dire que quant à la somme qu'ils ont promis chacun d'apporter, ils ont fait un apport égal, puisque c'est une même somme de part et d'autre; de même que, lorsque l'un d'eux a plus d'industrie, quoique par son industrie il apporte réellement plus que l'autre, l'apport est censé égal lorsqu'ils apportent une somme égale. Je réponds que l'inégalité d'industrie est mal-à-propos comparée avec l'inégalité de dettes.

Lorsque deux conjoints promettent d'apporter chacun à la communauté une certaine somme, *putà*, de dix mille livres, il n'est pas question entre eux de leur industrie. Chacun s'oblige d'apporter une somme effective de dix mille livres; et celui qui a le moins d'industrie ne satisfait pas moins à son obligation que celui qui en a davantage, en apportant, comme lui, une somme effective de dix mille livres qu'il a de net, toutes dettes payées. Mais, lorsque deux futurs conjoints, dont l'un doit beaucoup, et l'autre ne doit rien, ont promis chacun d'apporter une somme de dix mille livres, celui qui doit beaucoup, en apportant une somme de dix mille livres, avec la charge de ses dettes, qui montent, *putà*, à huit mille livres, ne fait pas un apport aussi effectif de la somme de dix mille livres qu'il a promis d'apporter, que celui qui apporte une somme de dix mille livres sur laquelle il ne doit rien: car celui qui doit huit mille livres, n'apporte réellement et effectivement que deux mille livres. Il n'apporte pas d'une manière effective les huit mille livres; il ne les apporte à la communauté que pour les en faire sortir pour payer ses dettes.

[ARTICLE 1398.]

* 2 *Rogron, sur art.* 1511 *C. N.* } *De dettes antérieures.* Si ces dettes continuaient de grever l'apport stipulé, elles le dimmueraient d'autant, et il ne serait plus vrai que les époux apporteraient telles sommes ou tel corps certain : *Bona non intelliguntur, nisi deducto œre alieno.*

1398. La clause de séparation de dettes n'empêche pas que la communauté ne soit chargée des intérêts et arrérages qui ont couru depuis le mariage.

1398. The clause of separation of debts does not prevent interest and arrears which have accrued since the marriage from being chargeable to the community.

---

* *C. N.* 1512. } La clause de séparation des dettes n'empêche point que la communauté ne soit chargée des intérêts et arrérages qui ont couru depuis le mariage.

---

* *Lebrun, Comm. Liv.* 2, *ch.* 3, *sec.* 4, *n°* 26. } Il a déjà été dit au nombre 9, que les conjoints ne s'exempteroient pas du courant des arrerages des dettes immobilieres, ni des interêts des mobilieres par eux respectivement créées avant le mariage, quand ils en feroient une clause expresse dans le Contrat de mariage, en stipulant que chacun payera séparément et principaux et arrerages de dettes, même les arrerages et interêts qui écheront durant le mariage ; cette clause étant inutile, quand on est une fois en Communauté, en vertu de laquelle le mari a droit de jouir des interêts et des arrerages des dettes actives, et des fruits des immeubles : car ce seroit vouloir frustrer des créanciers de leur dû : ce qui n'est pas au pouvoir des conjoints. Il n'y a donc point d'autre moyen de s'exempter du cours des interêts

et arrerages, que d'exclure la Communauté : ou quand on ne l'a pas excluse, de faire demander la séparation par le mari.

Voy. autorités sur art. 1396-7.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1512 *C. N.* } 362. La raison est que ces intérêts et arrérages sont une charge naturelle des revenus des biens propres que la communauté perçoit. Comme elle ne jouit de ces revenus qu'à compter du mariage, elle n'est tenue des intérêts et arrérages des dettes antérieures, qu'à compter de cette époque : c'est aussi ce que porte cet article.

Cependant elle n'en est pas tenue proportionnellement et jusqu'à concurrence, mais indéfiniment, quand même ils surpasseraient les revenus, et quand même le conjoint débiteur n'aurait aucun bien produisant des fruits. Dans ce cas, son industrie est présumée suppléer au défaut de fortune.

Lebrun prétend qu'on ne peut pas exclure ces intérêts et arrérages de la communauté. Les raisons qu'il apporte de cette opinion ne sont point satisfaisantes. Il n'est pas vrai que cette exclusion détruisit la communauté. Comme cette clause n'a rien de contraire aux bonnes mœurs, et qu'elle n'est pas prohibée, on ne voit pas ce qui pourrait empêcher de la faire. Ce serait une clause insolite ; mais elle ne serait ni malhonnête, ni défendue. C'est aussi l'opinion de M. Pothier.

---

* 2 *Rogron, sur art.* 1512 *C. N.* } *Des intérêts et arrérages.* Ainsi, je fais une rente perpétuelle de 1,000 fr. au capital de 20,000 fr. Ce capital ne sera jamais à la charge de la communauté, ou si elle le rembourse, je devrai lui en faire raison ; mais la rente de 1,000 fr. devra être payée par elle, tous les ans, sans indemnités, parce que ces arrérages sont une charge des fruits et une compensation des intérêts ou des arrérages

des rentes qui peuvent m'être dus, et dont profite la communauté.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *nos* 360, 375. } 360. Quoique les dettes mobilières de chacun des conjoints, antérieures au mariage, soient, par la convention de séparation de dettes, exclues de la communauté, les intérêts de ces dettes, de même que les arrérages des rentes, soit foncières, soit constituées, soit perpétuelles, soit viagères, dues par chacun des conjoints, quoique constituées avant le mariage, sont, pour tout le temps que lesdits intérêts et arrérages ont couru depuis le mariage et durant la communauté, des charges de la communauté, comme étant lesdits intérêts et arrérages les charges naturelles des revenus des biens de chacun des conjoints, lesquels tombent dans la communauté, et que lesdits intérêts et arrérages diminuent de plein droit ; car on n'a de revenu effectif que ce qui reste, déduction faite des intérêts et arrérages qu'on doit.

A l'égard des intérêts et arrérages courus avant le mariage, jusqu'au jour du mariage, ils sont compris dans la convention de séparation de dettes, et la communauté n'en est pas chargée, non plus que de ceux qui courent depuis la dissolution de la communauté : on compte pour cela lesdits intérêts et arrérages de jour à jour.

Ceux courus depuis le mariage et pendant que la communauté a duré, sont tellement une charge de la communauté, que Lebrun, liv. 2, chap. 3, sect. 4, n° 10, a été jusqu'à dire qu'ils n'en pourraient pas être exclus, même par une convention expresse portée au contrat de mariage. Mais je crois qu'il va trop loin ; quoique cette convention soit insolite, je ne vois rien qui l'empêche d'être valable.

Quoique les intérêts et arrérages courus durant le mariage, soient censés n'avoir pas été compris dans la convention de séparation de dettes, parce qu'ils sont une charge des revenus, néanmoins la communauté en est entièrement chargée, quand même ils excéderaient les revenus. Il suffit pour cela

que les parties, qui en se mariant n'en ont pas fait une balance avec les revenus, soient censées n'avoir pas eu intention de les comprendre dans leur convention de séparation de dettes.

375. La clause par laquelle les parents de la femme la déclarent franche et quitte des dettes antérieures au mariage, diffère de la convention de séparation de dettes.

1° Celle-ci est une convention qui intervient entre les futurs conjoints : celle par laquelle les parents déclarent la fille franche et quitte, intervient entre lesdits parents de la fille et l'homme qui la doit épouser ;

2° La convention de séparation de dettes ne comprend que les sommes principales dues par chacun des conjoints avant le mariage : elle n'empêche pas que la communauté ne soit chargée de tous les intérêts desdites sommes, qui courront pendant le temps de sa durée, aussi bien que des arrérages des rentes dues par chacun des conjoints, qui courront pendant ledit temps. Mais la clause qu'on a ajoutée, par laquelle les parents de la femme l'ont déclarée franche et quitte de dettes, les oblige à acquitter la communauté même des intérêts des sommes dues par la femme avant le mariage, courus pendant le temps de sa durée, et des arrérages des rentes dues par la femme, courus pendant ledit temps, comme nous l'avons vu.

1399. Lorsque la communauté est poursuivie pour les dettes de l'un des époux, déclaré par contrat franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage, le conjoint a droit à une indemnité, qui se prend soit sur la part de communauté revenant à

1399. When the community is sued for the debts of one of the consorts, who is declared by the contract to be free and clear from all debts anterior to the marriage, the other consort has a right to an indemnity, to be taken from the share in

l'époux débiteur, soit sur ses biens personnels; et en cas d'insuffisance, cette indemnité peut être poursuivie par voie de garantie contre ceux qui ont fait la déclaration de franc et quitte.

Cette garantie peut même être exercée par le mari durant la communauté, si la dette provient du chef de la femme; sauf en ce cas le remboursement dû par la femme ou ses héritiers au garant, après la dissolution de la communauté.

the community which belongs to the indebted consort, or from his private property; and in case of insufficiency, such indemnity may be prosecuted, by way of warranty, against the parties who made the declaration that such consort was free and clear.

This right of warranty may even be exercised by the husband during the community, if the debt have originated with the wife; saving, in such case, the right of the warrantor to be reimbursed by the wife or her heirs, after the dissolution of the community.

---

* *C. N.* 1513. } Lorsque la communauté est poursuivie pour les dettes de l'un des époux, déclaré, par contrat, franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage, le conjoint a droit à une indemnité qui se prend soit sur la part de communauté revenant à l'époux débiteur, soit sur les biens personnels dudit époux; et en cas d'insuffisance, cette indemnité peut être poursuivie par voie de garantie contre le père, la mère, l'ascendant ou le tuteur qui l'auraient déclaré franc et quitte.

Cette garantie peut même être exercée par le mari durant la communauté, si la dette provient du chef de la femme;

sauf, en ce cas, le remboursement dû par la femme ou ses héritiers aux garans, après la dissolution de la communauté.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1513 *C. N.* } 363. La clause de franc et quitte est une convention par laquelle les parens de l'un des futurs conjoints se font fort envers l'autre qu'il n'a point de dettes antérieures au mariage.

Cette clause est très-différente de celle de séparation de dettes. Celle-ci est une convention qui intervient entre les futurs conjoints. La clause de franc et quitte ne se fait point entre eux, mais entre l'un et les parens de l'autre ; et ces derniers sont les seuls qui contractent une obligation. Le futur, objet de la clause, ne s'oblige à rien. La clause de séparation de dettes concerne la communauté, et ne peut intervenir quand on n'en établit pas, puisqu'elle serait inutile. Celle de franc et quitte n'a aucun trait à la communauté. Elle peut se faire quoiqu'il n'y en ait point, et même dans le régime dotal.

Ce sont les parens du mari qui font le plus communément usage de cette clause. Cependant elle peut aussi être pratiquée par ceux de la femme. Elle n'a pas les mêmes effets à l'égard de l'un et de l'autre.

Lorsque c'est le futur mari qui est déclaré franc et quitte par ses parens, l'effet de la clause est de les obliger à indemniser la femme du préjudice que peuvent lui causer les dettes de son mari antérieures au mariage.

364. Elles peuvent causer à la femme deux sortes de préjudice. D'abord, elles peuvent l'empêcher de trouver dans les biens du mari de quoi se remplir de sa dot, préciput, reprises, et autres conventions matrimoniales. En second lieu, elles peuvent diminuer sa part dans la communauté qui aurait été plus riche, et par conséquent plus avantageuse sans ces dettes.

La femme peut-elle demander indemnité de l'une et de l'autre sortes de préjudice ; ou seulement de celui qu'elle

éprouve relativement à sa dot et autres conventions matrimoniales? C'est une question controversée entre les auteurs.

Renusson enseigne que cette clause renferme l'obligation d'indemniser la femme de ces deux espèces de préjudice.

Au contraire, Lebrun tient que cette clause ne s'étend pas à celui que la femme peut éprouver relativement à la communauté.

M. Pothier, sans se décider entre ces deux opinions, dit que celle de Lebrun paraît être suivie dans la pratique.

Les auteurs du premier projet avaient adopté le sentiment de Renusson. Ils avaient accordé à la femme indemnité pour raison de la diminution que sa part dans la communauté éprouvait par l'effet des dettes du mari déclaré franc et quitte, antérieures au mariage.

Les membres de la section de Législation du Conseil, en changeant la rédaction de cet article, n'ont point déterminée pour quelle espèce de tort il serait dû indemnité soit au mari, soit à la femme ; en sorte que la question reste dans les mêmes termes.

Nous croyons qu'il faut suivre l'ancienne jurisprudence. C'est d'abord ce qui résulte naturellement de ce qu'elle n'est pas changée. D'ailleurs, comme le dit fort bien Lebrun, les parens du mari, en le déclarant franc et quitte, n'ont point eu l'intention de garantir aux conjoints une communauté plus ou moins avantageuse ; mais seulement d'assurer la femme que sa dot, ses reprises et ses créances n'éprouveraient aucun déficit par l'effet des dettes du mari, antérieures au mariage. Cela nous paraît évident. D'un autre côté, si la femme renonce, elle est sans intérêt ; si elle accepte, c'est qu'elle trouve la communauté profitable telle qu'elle est. Dans aucun cas, les parens du mari n'ont promis de la rendre bonne.

364. Le premier projet accordait aussi indemnité à la femme, pour raison des donations qui lui étaient faites, soit par le contrat de mariage, soit depuis.

La Cour souveraine de Nanci a demandé la suppression

des termes, *soit depuis.* C'est bien assez, a-t-elle dit, de la garantie des pertes, sans y ajouter celle des libéralités.

Le texte actuel n'offre plus rien de relatif aux donations. S'ensuit-il que la femme ne puisse demander aucune garantie pour les diminutions que les dettes du mari, antérieures au mariage, peuvent lui faire éprouver sur les donations qui lui ont été faites soit par contrat de mariage, soit depuis ?

Les premières sont au nombre des conventions matrimoniales. En conséquence, il faut dire que la femme peut demander indemnité à cet égard. Il n'est pas douteux que des parens qui ont déclaré franc et quitte un homme qui, par le même contrat, a fait une donation à sa femme, ont entendu garantir que cette donation ne serait pas diminuée par les dettes qu'ils ont déclaré ne pas exister.

Quant à la donation postérieure au mariage, la femme ne peut avoir aucune garantie. Elle n'a pu entrer dans l'intention des parties lors du contrat ; et comme elle ne peut être que d'une quotité des biens, les dettes doivent toujours être déduites.

Telle a toujours été la jurisprudence à laquelle le Code civil ne change rien.

Ainsi, en dernier résultat, toutes les fois que la femme trouve dans les biens de son mari de quoi la remplir de sa dot et conventions matrimoniales, ainsi que de ses reprises et créances, tout l'effet de la clause de franc et quitte est accompli à son égard. C'est mal à propos que Lebrun excepte la créance qu'elle a contre son mari pour raison des obligations qu'il lui a fait contracter. M. Pothier démontre de la manière la plus lumineuse que les raisons que Lebrun apporte de son opinion, ne sont pas solides.

365. Lorsque ce sont les parens de la future épouse qui la déclarent franche et quitte, ce qui, comme le remarque M. Pothier, est très-rare, le mari ne peut avoir que deux intérêts. Le premier, que sa communauté ne soit pas diminuée par les dettes que sa femme pourrait avoir avant le mariage ; et le

second, que la donation qui lui serait faite par le contrat de mariage n'éprouve aucune altération par leur effet.

A l'égard de la donation, il ne peut exercer la garantie que quand le cas est arrivé par la dissolution du mariage. Cela est évident.

S'il n'y a point de donation, son intérêt ne peut plus concerner que la communauté. Il a le droit de demander aux parens de la femme déclarée franche et quitte, qu'ils paient les dettes antérieures au mariage, pour lesquelles il pourrait être poursuivi. Si elles sont déjà exclues de la communauté par une clause de séparation, il peut exiger qu'ils en acquittent les arrérages.

Lorsque cette clause n'existe pas, la communauté est-elle chargée des intérêts et arrérages, malgré la clause de franc et quitte ?

Nous ne le pensons pas. Les parens, par cette clause, ont promis de garantir la communauté de toutes les dettes de la femme, antérieures au mariage. Il s'ensuit qu'ils ont promis que la communauté n'aurait pas à payer des intérêts et arrérages de dettes qui ne doivent point exister pour elle. L'un est la conséquence de l'autre.

C'est en partant de ce principe que l'on décide que cette clause comprend les arrérages du douaire dû à la mère de la femme déclarée franche et quitte. M. Pothier démontre fort bien que cela ne doit s'appliquer qu'aux arrérages qui courent jusqu'à la dissolution de communauté, parce que l'obligation contractée par cette clause ne concerne que le mari, et ne peut en conséquence s'étendre qu'aux arrérages qu'il aurait été chargé d'acquitter.

Le mari peut exercer cette garantie pendant le mariage ; en quoi il diffère de la femme, qui ne peut demander l'indemnité qu'après la dissolution de la communauté. Notre article explique cette différence.

366. Cette clause, comme nous l'avons remarqué, est une convention qui intervient entre l'un des conjoints, et les parens de celui déclaré franc et quitte, et à laquelle celui-ci

n'est point partie. En conséquence elle ne lui attribue aucun droit. Il ne peut pas demander à ses parens de l'acquitter de ses dettes antérieures au mariage, et ses créanciers ne pourraient point agir contre eux.

Au contraire, les parens qui, en vertu de cette clause, ont été contraints de payer ces dettes, peuvent en demander le remboursement après la dissolution de la communauté, au conjoint à la charge duquel ils ont payé. C'est aussi ce que porte notre article.

Cependant, lorsque c'est la femme qui a été déclarée franche et quitte, il ne faut pas appliquer indistinctement cette disposition.

Si, par le contrat, il n'y avait pas de séparation de dettes, celles de la femme, antérieures au mariage, étant alors tombées dans la communauté, les parens de la femme qui, en exécution de leur engagement envers le mari, les ont acquittées, ne peuvent les répéter contre la femme si elle renonce, car alors leur action réfléchirait contre le mari. La femme pouvant, au moyen de sa renonciation, recourir contre son mari ou ses héritiers pour être acquittée de toutes les dettes de la communauté, même des siennes qui y sont tombées, il y aurait circuit d'actions.

Si la femme accepte, ses parens ne peuvent, par la même raison, répéter contre elle que la moitié des dettes qu'ils ont payées. Ce n'est que quand il y a clause de séparation de dettes, qu'ils peuvent répéter la totalité.

367. Nous remarquons que notre article comprend le tuteur de l'époux déclaré franc et quitte, au nombre des personnes contre lesquelles peut être poursuivie l'indemnité ou la garantie résultant de cette clause.

Mais le Code civil n'accorde plus au tuteur le pouvoir de présider seul au mariage du mineur, ni même à son contrat. Il exige le concours et le consentement de sa famille. Il semble donc que c'est elle et non le tuteur qui contracte l'obligation résultant de la clause de franc et quitte, car la déclaration est véritablement faite par elle. Le tuteur ne peut

être obligé que comme les autres parens, s'il a cette qualité. Ce ne serait que dans le cas où il aurait négligé d'appeler la famille, qu'il pourrait être tenu seul de l'effet de la clause.

Observez que le Code civil ne permet point aux parens de la femme qui l'ont déclarée franche et quitte, et qui auraient été forcés, en vertu de cette clause, de payer quelqu'une de ses dettes, de la poursuivre pendant la durée de la communauté pour le remboursement. Notre article porte en termes formels qu'ils doivent attendre sa dissolution.

La simple déclaration de franc et quitte diffère beaucoup de la clause par laquelle les parens de l'un des conjoints s'obligent de payer les dettes qu'il peut avoir antérieurement au mariage.

Celle-ci est une convention qui se fait au profit du conjoint qui en est l'objet, et avec lui. C'est une donation qu'elle contient en sa faveur. Elle augmente sa dot. En conséquence non seulement les parens qui ont fait cette promesse ne peuvent pas réclamer contre le conjoint au profit duquel ils l'ont consentie, le remboursement des dettes qu'ils ont pu acquitter; mais celui-ci, au contraire, a contre eux une action pour les obliger à ce paiement, même après la dissolution de la communauté.

---

* 3 *Maleville*, *sur* *art.* 1513 *C. N.* } On a traité ici, dans un seul article, la clause de *franc et quitte,* qui fait un assez long chapitre dans le Code de la Communauté.

Cet article suppose que cette stipulation peut être faite, tant par les époux eux-mêmes, que par les parens de la femme et par ceux du mari. Et, en effet, rien n'empêche que l'un des conjoints, pour rassurer l'autre, ne stipule qu'il est franc et quitte de dettes; et pour lors cette clause l'oblige à une indemnité qui s'exerce de la manière indiquée par notre article. Cependant les auteurs ne parlent jamais que de la clause de *franc et quitte* stipulée par les parens, et disent même qu'elle n'est guères d'usage que de la part de ceux du mari,

plus sujet à des dettes antérieures au mariage. *Voyez* Renusson, Pothier, Rousseaud, le Répertoire, etc.

Pothier agite la question de savoir si la clause de *franc et quitte* oblige celui qui l'a promise, de garantir à la femme non-seulement sa dot et ses autres conventions matrimoniales, en cas d'insolvabilité du mari, mais encore le tort qui résulte pour elle, de ce que, par les dettes du mari, sa part dans la communauté se trouve diminuée. Renusson et Lebrun étaient d'avis contraire sur cette question. Renusson croyait que la femme devait être garantie des deux préjudices; Lebrun, du premier seulement. Pothier, n. 365, se décide pour l'avis de Lebrun, et dit que tel est l'usage. Son opinion peut être fondée sur les principes qui ont dicté les articles 1150 et 1151.

Si la clause de *franc et quitte* a été promise par les parens de la femme, et qu'il ait en outre été stipulé une séparation de dettes entre les conjoints, ces parens sont obligés d'indemniser le mari, même des intérêts et arrérages de dettes, échus pendant le mariage. Pothier, n° 375.

Si ce n'est qu'au mari que les parens de la femme ont promis de la rendre franche et quitte des dettes, et qu'ils se trouvent insolvables, le mari n'aura aucune action pour son indemnité contre la femme qui n'avait pas fait cette stipulation, à moins qu'il n'y eût une clause de séparation de dettes, auquel cas le mari aura bien son indemnité pour les capitaux contre la femme, mais non pour les intérêts écourus depuis le mariage. Pothier, n. 376.

Le motif de cette dernière solution doit servir de principe pour une autre question bien importante. Lorsque les parens du mari ou de la femme les ont garantis de dettes antérieures au mariage, sont-ils censés s'être obligés à payer ses dettes aux créanciers? Renusson, part. 1, ch. 11, n. 36, et Lebrun, liv. 2, chap. 3, sect. 3, n. 41, décident la négative. Rousseaud, verbo *Communauté*, part. 2, sect. 7, rapporte deux arrêts de 1668 et 1745, qui ont jugé l'affirmative. Malgré ces

préjugés, je crois que les principes obligent à se tenir à l'avis de Renusson et Lebrun.

---

* *Lebrun, Comm., Liv.* 2, *ch.* 3, *s.* 3, *n*° 41-42. } 2. Cette clause assure la femme, que les dettes anterieures ne l'empêcheront pas d'être payée de sa dot, de son douaire, de son préciput, et même des donations que le mari lui a faites par le Contrat de mariage, et elle ne l'assure que de cela : ainsi ces choses étant en sureté, l'Ascendant ne doit pas payer les dettes anterieures.

3. Si la femme ne se fait pas séparer, et ne justifie pas le manque de fonds au moyen de ces dettes anterieures au mariage, elle n'a pas d'action contre l'Ascendant pour l'obliger de les acquitter, sous prétexte qu'elles diminuent les fruits et revenus qui doivent entrer en sa Communauté ; car l'intention de l'Ascendant n'a pas été de garantir aux futurs conjoints une Communauté plus ou moins opulente ; mais seulement la dot, le douaire, le préciput, les donations, si aucunes y a ; et que ces choses ne pussent souffrir aucun obstacle par les dettes anterieures : d'ailleurs si la femme renonce, elle n'a point d'interêt à la Communauté ; et si elle n'est pas séparée et ne renonce pas, elle n'a pas d'inspection sur le progrès de la communauté, pour obliger son mari de faire valoir cette clause contre son pere, à l'effet de décharger la Communauté : et comme le Débiteur n'a pas d'action contre sa caution, pour l'obliger de payer pour lui, aussi le fils n'en a pas contre son pere pour l'exécution de cette clause.

---

* *Renusson, Comm.,* 1*ère part., ch. XI, n*° 36. } 36. Après avoir parlé de la clause, que les conjoints payeront separément leurs dettes creées avant leur mariage, il faut ensuite expliquer une autre clause qui se trouve aussi quelquefois dans les Contrats de mariage, par laquelle pere et mere mariant un fils, le déclarent par le Contrat de mariage, franc et

quitte de toutes dettes; et quel peut estre l'effet de cette clause. Cette déclaration se fait par pere et mere qui marient leur fils, pour l'avantage de la femme du fils, et en sa faveur, elle est faite pour le regard de la Communauté, lorsque la femme vient à l'accepter, pour empêcher que la Communauté ne soit chargée d'aucunes dettes du mari d'auparavant le mariage, c'est-à-dire, ni des dettes mobilieres, ni des interests de ces dettes mobilieres, ni des arrerages des dettes immobilieres; et non-seulement des interests et arrerages de toutes ces dettes qui estoient échûs avant le mariage, mais aussi de ceux échûs depuis; et si telles dettes avoient esté acquittées en tout ou partie, aux dépens de la Communauté, le mari en doit recompense à la femme.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *nos* 365 *et s.* } 365. La *clause de franc et quitte*, est une convention par laquelle les parents de l'un des futurs conjoints se font fort envers l'autre, qu'il n'a pas de dettes.

C'est ordinairement les parents de l'homme qui se font fort qu'il est franc et quitte de dettes.

Ils s'obligent par cette convention envers la femme *in id quanti ejus interest* que l'homme se soit trouvé tel qu'ils l'ont assuré, c'est-à-dire, exempt de dettes; et en conséquence, dans les cas où il ne serait pas trouvé tel, à indemniser la femme du préjudice que lui auraient causé les dettes de son mari antérieures au mariage.

366. Lesdites dettes peuvent causer deux espèces de préjudice à la femme. Le premier, et le principal, est, par rapport à sa dot, son douaire et ses autres conventions matrimoniales, en cas d'insolvabilité de son mari, sur les biens duquel elle ne serait pas, pour ses créances, utilement colloquée pour une aussi grande somme que celle pour laquelle elle l'eût été, sans lesdites dettes.

La seconde espèce de préjudice que lesdites dettes peuvent causer à la femme, est celui qui résulte de ce que sa part en

la communauté aurait été meilleure, si elle n'eût pas été diminuée par lesdites dettes.

C'est une question entre les auteurs, si, lorsque des parents, en mariant leur fils, l'ont déclaré franc et quitte de dettes, ils doivent être censés s'être obligés envers la femme de l'indemniser de ces deux espèces de préjudice, ou seulement de celui de la première espèce.

Renusson, *Traité de la Communauté*, part. 1, ch. 11, nº 36, croit que cette clause renferme l'obligation d'indemniser la femme de ces deux espèces de préjudice.

Au contraire Lebrun, en son *Traité de la Communauté*, liv. 2, ch. 3, sect. 3, nºs 41 et 42, pense que cette convention ne s'étend pas à l'espèce de préjudice que la femme pourrait souffrir par rapport à la communauté, et que les parties dans cette convention sont censées n'avoir d'autre objet que d'indemniser la femme du préjudice que les dettes antérieures au mariage pourraient apporter à l'acquittement de ses créances.

L'opinion de Lebrun paraît être celle qui est suivie dans l'usage ; et les père et mère qui, en mariant leur fils, le déclarent franc et quitte de dettes, ne contractent d'autre obligation que celle d'indemniser la femme de la somme pour laquelle les dettes du mari antérieures au mariage, empêcheraient qu'elle ne pût être utilement colloquée sur les biens de sondit mari pour le paiement de ses créances.

367. C'est ce qui s'éclaircira par les exemples suivants :

Premier exemple.—Je suppose qu'après la dissolution de communauté, les biens du mari ont été discutés. Le prix des meubles, qui étaient en petite quantité, n'a servi qu'à payer les dettes privilégiées, comme celles du maître d'hôtel, etc. Le prix des immeubles, déduction faite des frais, monte à 20,000 livres. Il s'est trouvé pour 25,000 livres de créances hypothécaires antérieures au mariage ; au moyen de quoi la femme créancière de 40,000 livres, n'a pu rien toucher de la somme de 20,000 livres qu'elle eût touchée, s'il n'y avait pas eu de dettes antérieures au mariage. Elles lui causent donc

un préjudice de 20,000 livres. Les parents qui ont déclaré son mari franc et quitte, doivent donc, pour indemniser la femme, lui payer la somme de 20,000 livres, à laquelle monte le préjudice que les dettes antérieures lui causent.

Second exemple.—Je suppose à présent, que les biens du mari qu'on a déclaré franc et quitte, ne consistent qu'en mobilier, et que le mari est domicilié sous une coutume où les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque, et où en conséquence le prix s'en distribue au sou la livre entre tous les créanciers. Je suppose que le mobilier, déduction faite des frais et dettes privilégiées, n'a produit que 10,000 livres; sur quoi il y a pour 100,000 livres de dettes à payer, savoir: 40,000 livres pour les créances de la femme; 40,000 livres pour dettes postérieures au mariage; et pour dettes antérieures au mariage, 20,000 livres. Les créanciers antérieurs au mariage ont été colloqués pour 20,000 livres. Sans ces créances, il y aurait eu 2,000 livres à distribuer entre la femme, qui en aurait eu 1,000 livres, et les créanciers postérieurs au mariage, qui auraient eu les autres 1,000 livres. Les créanciers antérieurs au mariage font donc en ce cas un préjudice de 1,000 livres à la femme; et les parents qui ont déclaré le mari franc et quitte, doivent en conséquence payer à la femme une somme de 1,000 livres pour l'en indemniser.

Observez que, dans la distribution du mobilier de l'homme qu'on a déclaré franc et quitte de dettes, on ne doit pas ordinairement, parmi les dettes de l'homme antérieures au mariage, dont la femme doit être garantie, comprendre ses dettes chirographaires; leur date ne pouvant faire contre des tiers une foi suffisante du temps auquel elles ont été contractées; V. *Traité des Obligations*, nº 749.

368. Lorsque la femme, après la dissolution de la communauté, a trouvé dans les biens de son mari de quoi être payée entièrement de ses créances, l'obligation des parents du mari qui l'ont déclaré franc et quitte de dettes, demeure par là acquittée.

Il ne suffit pas pour cela que sa dot lui ait été entièrement

restituée; il faut qu'elle ait été entièrement payée de toutes ses conventions, et généralement de toutes les créances qu'elle a contre son mari.

369. Lebrun, liv. 3, ch. 2, sect. 2, dist. 6, n° 19, en excepte la créance que la femme a contre son mari pour son indemnité des obligations qu'elle a contractées pour lui durant le mariage. J'aurais de la peine à admettre cette exception. Les parents déclarant leur fils franc et quitte, s'obligent envers la femme *in id quanti ejus interest*, que son mari ait été tel qu'on le lui a déclaré. Or, l'intérêt qu'a la femme que son mari ait été tel, ne s'étend pas moins à son indemnité qu'à ses autres créances, ayant intérêt que les dettes antérieures de son mari ne l'empêchent pas de trouver dans les biens de son mari de quoi se payer de ses créances d'indemnité, aussi bien que des autres.

On oppose que la femme n'est pas recevable à se plaindre de n'avoir pu être payée sur les biens de son mari, de sa créance pour son indemnité; que c'est par sa faute qu'elle souffre cette perte; qu'ayant été en son pouvoir de ne se pas obliger pour son mari, elle doit s'imputer de l'avoir fait.—La femme répond à cela, qu'elle ne s'est obligée pour son mari que parce qu'elle comptait pouvoir en être indemnisée sur le bien de son mari, qu'elle croyait franc et quitte de dettes antérieures au mariage, comme on le lui avait assuré; que ce sont ceux qui le lui ont assuré, qui l'ont induite en erreur, et qui doivent être par conséquent obligés de l'indemniser du préjudice que les dettes antérieures de son mari lui ont causé, en empêchant qu'elle n'ait pu être payée sur les biens de son mari, sur lesquels elle comptait, et sur lesquels elle eût effectivement trouvé de quoi être payée, sans lesdites dettes.

Les autres moyens que Lebrun emploie pour fonder son opinion, ne sont pas meilleurs. *La raison est*, dit-il, *que, par cette clause, l'ascendant ne garantit les conventions de la femme de son fils, que contre les dettes antérieures au mariage, non contre les postérieures.*

La réponse est, qu'on convient que les parents qui ont dé-

claré leur fils franc de dettes, ne garantissent, par cette clause, la femme que des dettes de son mari antérieures au mariage, et qu'en conséquence, s'il ne s'en trouve aucune, ils ont rempli leur obligation, et ils ne sont point tenus en ce cas de la perte que la femme a soufferte en s'obligeant, pour son mari, pour des dettes postérieures à son mariage: mais en garantissant la femme des dettes de son mari antérieures au mariage, ils s'obligent de l'indemniser de tout le préjudice que lesdites dettes antérieures au mariage lui ont causé, en empêchant qu'elle ne pût être payée sur les biens de son mari, de son indemnité pour les obligations qu'elle a contractées pour son mari depuis le mariage.

Le second moyen de Lebrun est de dire, *qu'il serait au pouvoir des conjoints de ruiner l'ascendant.* Cela est faux ; car, quoique le mari puisse, depuis son mariage, contracter des dettes immenses, et que la femme puisse s'obliger pour lui pour des dettes immenses, les parents du mari, qui l'ont déclaré franc et quitte, ne seront pas néanmoins, par cette clause, obligés *in immensum*, ne pouvant l'être que jusqu'à concurrence du montant des dettes antérieures au mariage, et de la somme pour laquelle les créanciers antérieurs au mariage auront été utilement colloqués sur les biens du mari.

370. Il résulte de tout ce que nous venons de dire de la clause par laquelle les parents de l'homme le déclarent franc et quitte de dettes, que cette convention est entièrement différente de la convention de séparation de dettes.

1° La convention de séparation de dettes est une convention qui intervient entre les deux futurs conjoints : au contraire, la clause de franc et quitte est une convention qui n'intervient pas entre les futurs conjoints, mais qui n'intervient qu'entre la femme et les parents de l'homme, qui le déclarent franc et quitte. Il n'y a, par cette convention, que lesdits parents qui contractent une obligation envers la femme ; l'homme qui est marié franc et quitte, n'en contracte aucune, et n'est pas censé partie à la convention.

371. 2° La convention de séparation de dettes concerne la

communauté de biens qui doit être entre les futurs conjoints : elle a pour objet d'en exclure la charge de leurs dettes antérieures au mariage ; chacun d'eux s'oblige réciproquement d'indemniser la communauté de ce qui en serait tiré pour payer les dettes antérieures au mariage.

Au contraire, la clause par laquelle les parents du futur conjoint le déclarent franc et quitte, ne concerne pas la communauté de biens qui doit être entre les futurs conjoints: elle peut intervenir dans un contrat de mariage par lequel il y aurait exclusion de communauté ; et lorsqu'il y a communauté, cette clause n'a pas pour objet d'exclure de la communauté la charge des dettes du futur conjoint antérieures au mariage ; son unique objet est que lesdites dettes n'empêchent pas la femme de pouvoir être payée sur les biens de son mari, comme nous l'avons expliqué.

372. La clause par laquelle les parents déclarent leurs fils franc et quitte, est aussi très différente de celle par laquelle les parents promettraient de payer ses dettes antérieures au mariage et de l'en acquitter ; car par la clause dans laquelle les parents déclarent leur fils franc et quitte, ils ne s'obligent pas de payer ses dettes, mais seulement d'indemniser la femme de ce qu'elle a manqué de toucher pour le paiement de ses créances sur les biens de son mari, par rapport aux créanciers antérieurs de son mari, qui ont été colloqués avant elle. Si le mari n'avait laissé aucuns biens sur lesquels la femme eût pu être payée, quand même il n'y aurait pas eu de créances antérieures aux siennes, les parents du mari qui l'ont déclaré franc et quitte de dettes, ne seront tenus de rien envers la femme.

En cela cette clause est très différente de celle par laquelle les parents du mari se seraient rendus cautions envers la femme, de la restitution de la dot et de ses conventions matrimoniales ; car, par ce cautionnement, les parents s'obligent envers la femme de la payer entièrement de ce dont elle n'aura pu être payée sur les biens de son mari ; au lieu que par la clause de franc et quitte, ils ne s'obligent de la payer

que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle les créanciers du mari, antérieurs au mariage, auront été utilement colloqués sur les biens du mari.

373. Lorsque ce sont les parents de la fille qui déclarent, en la mariant, qu'elle est franche et quitte de dettes (ce qui arrive très rarement) ; si par le contrat de mariage la fille avait fait donation à son mari, en cas de survie, d'une certaine somme à prendre sur ses biens, la clause pourrait s'entendre de la même manière, en ce sens, que les parents de la fille s'obligeraient, par cette clause, d'indemniser le mari de ce dont les créanciers de sa femme, antérieurs au mariage, qui auraient été utilement colloqués sur les biens de sa femme, auraient empêché qu'il n'eût pu être payé sur lesdits biens, de la somme comprise en la donation qui lui a été faite par sa femme.

Mais lorsque la femme qu'on a déclarée être franche et quitte de dettes n'a fait aucune donation à son mari, le mari ne pouvant, en ce cas, avoir aucune créance à exercer contre sa femme, il ne peut avoir en ce cas d'autre intérêt que sa femme soit franche et quitte de dettes, que celui qu'il a que les dettes de sa femme, antérieures au mariage, ne diminuent pas sa communauté par les sommes qu'il en faudrait tirer pour les acquitter, tant en principaux qu'intérêts. Les parents de la fille s'obligent donc par cette convention, envers son mari, à payer à la décharge de sa communauté, toutes les dettes de sa femme antérieures au mariage. Si elles en étaient déjà exclues pour le fond, par une clause de séparation de dettes, ils seraient censés s'être obligés d'acquitter la communauté des intérêts des dettes courus depuis le mariage, et pareillement des arrérages des rentes constituées, dues par la femme, avant son mariage, courus depuis. C'est ce qu'enseigne Lebrun, en son *Traité de la Communauté*, liv. 2, ch. 3, sect. 3, n° 50.

374. La garantie des dettes de la femme qu'on a déclarée franche et quitte, comprend celles dont elle était débitrice envers ses parents, qui l'ont déclarée franche et quitte, aussi

bien que celles dont elle était débitrice envers d'autres personnes. Lebrun, au lieu cité, fait de longs raisonnements pour prouver cette proposition, qui est évidente par elle-même, et il cite en pure perte des textes de droit qui n'ont aucune application à la question.

Cet auteur décide en conséquence, qu'une mère qui, en mariant sa fille, la déclare franche et quitte de dettes, est censée faire remise du douaire qui lui est dû par sa fille. Je pense que, lorsque ce douaire consiste dans une rente annuelle, la clause ne s'étend qu'à la décharge des arrérages du douaire qui courent jusqu'au temps de la dissolution de la communauté, et qu'elle ne s'étend pas à ceux qui courront depuis la dissolution de la communauté arrivée, soit par la mort du mari, soit par une séparation. La raison est, que cette clause est une convention intervenue entre les parents de la femme, qui l'ont déclarée franche et quitte, et le mari. Ce n'est qu'envers le mari que l'obligation qui résulte de cette clause est contractée; et elle ne peut par conséquent s'étendre qu'aux arrérages, à la décharge desquels le mari a intérêt. Or, le mari a bien intérêt à la décharge des arrérages du douaire qui courront jusqu'à la dissolution de la communauté, parce que la communauté en serait chargée; mais il n'a aucun intérêt à la décharge de ceux qui ne courent que depuis la dissolution de la communauté.

375. La clause par laquelle les parents de la femme la déclarent franche et quitte des dettes antérieures au mariage, diffère de la convention de séparation de dettes.

1° Celle-ci est une convention qui intervient entre les futurs conjoints: celle par laquelle les parents déclarent la fille franche et quitte, intervient entre lesdits parents de la fille et l'homme qui la doit épouser;

2° La convention de séparation de dettes ne comprend que les sommes principales dues par chacun des conjoints avant le mariage: elle n'empêche pas que la communauté ne soit chargée de tous les intérêts desdites sommes, qui courront pendant le temps de sa durée, aussi bien que des arrérages

des rentes dues par chacun des conjoints, qui courront pendant ledit temps. Mais la clause qu'on a ajoutée, par laquelle les parents de la femme l'ont déclarée franche et quitte de dettes, les oblige à acquitter la communauté même des intérêts des sommes dues par la femme avant le mariage, courus pendant le temps de sa durée, et des arrérages des rentes dues par la femme, courus pendant ledit temps, comme nous l'avons vu.

376. La clause par laquelle les parents de la femme la déclarent franche et quitte de dettes, étant une convention qui intervient entre lesdits parents et l'homme qui doit l'épouser, et à laquelle convention la femme n'est pas partie, c'est une conséquence que, si l'homme n'a pas pu se faire indemniser par les parents de la femme, qui se sont trouvés insolvables, des sommes qui ont été tirées de la communauté pour payer les dettes de la femme antérieures au mariage, l'homme ou ses héritiers n'auront aucun recours pour en être indemnisés contre la femme qui ne serait pas héritière de ses parents qui l'ont déclarée franche et quitte ; à moins qu'outre cette clause, il n'y eût une convention de séparation de dettes ; auquel cas l'homme aurait bien, en vertu de la convention de séparation de dettes, un recours contre sa femme pour les sommes principales par elles dues avant son mariage, et acquittées des deniers de la communauté ; mais il n'en aurait aucun pour les intérêts desdites sommes, et pour les arrérages des rentes, il n'a recours que contre les parents de sa femme, qui l'ont déclarée franche et quitte, et contre leur succession.

377. La clause par laquelle les parents de la femme la déclarent franche et quitte de dettes, est différente de celle par laquelle ils s'obligeraient formellement d'acquitter ses dettes antérieures au mariage. Ils s'obligent, en ce second cas, tant envers leur fille qu'envers l'homme qui doit l'épouser. C'est une donation qu'ils font à leur fille de la somme à laquelle montent ses dettes, qui fait partie de la dot qu'ils lui donnent. C'est pourquoi, en ce second cas, bien loin que les parents puissent avoir recours contre leur fille, après la dis

solution de la communauté, pour ses dettes qu'ils ont acquittées, c'est au contraire leur fille qui a action contre eux, pour qu'ils soient tenus de les acquitter, si cela n'a pas encore été fait.

Au contraire, lorsque les parents de la femme l'ont simplement déclarée franche et quitte de dettes ; cette clause étant une convention qui n'intervient qu'entre les parents de la femme et l'homme qu'elle doit épouser, et en laquelle la femme n'est pas partie, les parents de la femme ne contractent en ce cas d'obligation qu'envers l'homme, et ne garantissent que lui des dettes de sa femme antérieures au mariage. Les parents de la femme, qui, en conséquence de l'engagement qu'ils ont contracté avec leur gendre, ont payé les dettes de la femme antérieures au mariage, ont, après la dissolution de la communauté, l'action *negotiorum gestores* contre leur fille, pour répéter d'elle les sommes qu'ils ont payées pour acquitter ses dettes, pourvu néanmoins que l'action ne puisse réfléchir contre leur gendre ou ses héritiers.

C'est pourquoi, lorsque par le contrat de mariage, outre la clause par laquelle les parents de la femme l'ont déclarée franche et quitte de dettes, il y a entre les futurs conjoints une convention de séparation de dettes, les parents de la femme qui, en exécution de leur engagement envers leur gendre, ont payé des sommes principales dues par leur fille avant son mariage, en ont la répétition contre leur fille, après la dissolution de la communauté, *actione negotiorum gestorum*, l'action ne pouvant pas en ce cas réfléchir contre l'homme ni contre ses héritiers, la communauté n'étant pas tenue desdites dettes de la femme, au moyen de la séparation de dettes.

Mais si, par le contrat de mariage, il n'y avait pas de séparation de dettes, les dettes de la femme, antérieures au mariage, étant en ce cas tombées dans la communauté, les parents de la femme, qui, en exécution de leur engagement envers leur gendre, les ont acquittées, ne peuvent les répéter contre leur fille, qui a renoncé à la communauté, parce que l'action réfléchirait en ce cas contre le mari ou ses héritiers,

qu'ils en ont garantis ; la femme, au moyen de sa renonciation, ayant action contre son mari ou ses héritiers, pour être acquittée de toutes les dettes de communauté, et par conséquent des siennes, qui, faute de séparation de dettes, sont devenues dettes de communauté.

Si la femme avait accepté la communauté, ses parents pourraient répéter d'elle la moitié des sommes par eux payées pour le paiement de ses dettes, leur action pour cette moitié ne pouvant en ce cas réfléchir contre le mari ou ses héritiers, puisque sa femme, en qualité de commune, est débitrice pour moitié, sans recours, des dettes de la communauté.

378. La clause par laquelle les parents de la femme la déclarent franche et quitte de dettes, peut avoir lieu, quoique le contrat de mariage porte exclusion de communauté : car le mari ayant droit de percevoir tous les revenus des biens qui lui sont apportés en dot par sa femme pendant tout le temps du mariage, pour en supporter les charges, il a intérêt qu'il ne se trouve aucune dette de la femme, antérieure au mariage, qui diminue lesdits revenus. C'est pourquoi les parents qui ont déclaré la femme franche et quitte de dettes, s'obligent en ce cas d'acquitter le mari de toutes les poursuites que les créanciers de sa femme, antérieurs au mariage, pourraient faire sur les biens de sa femme, qui lui ont été apportés en dot.

Voy. *Pothier*, *Cout. d'Orléans*, cité sur art. 1308.

---

* *Lacombe*, *v° Comm.*, *part. 2*, *sect.* 7, *p.* 108-109. } *De la clause de franc et quitte, en mariant les enfans. V.* Ren., de la comm., part. 1, chap. 11, n. 36 et suiv.

1. Cette clause est seulement en faveur de la femme ; les créanciers du fils ne peuvent s'en prévaloir contre le pere pour leur payement, suivant Ren., n. 38, et le Brun, des succ.,

liv. 2, ch. 3, sect. 7, n. 19, et de la comm., liv. 2, ch. 3, sect. 3, n. 41 et suiv. Cet Auteur cite l'Arrêt du 1 Avril 1667, *J. Aud.*, mais cet Arrêt n'a rien jugé. La cause fut appointée ; M. Talon, Avoc. Gén., avoit conclu à ce que la mere fût condamnée d'acquitter la bru des condamnations portées par la Sentence de séparation, *et que sur le surplus des demandes les parties fussent mises hors de Cour.* Le Journaliste a omis de rapporter le dispositif de l'Arrêt intervenu sur l'appointement le 1 Juin 1668, lequel n'a point suivi les conclusions de M. Talon en cette dernière partie, et au contraire a aussi condamné la mere de payer tous les créanciers de son fils, jusqu'au jour du contrat de mariage ; parce que par cette clause de franc et quitte, les parens qui l'ont employée sont censés s'être chargés volontairement du payement des dettes qui existoient ; qu'en un mot, cette clause équivaut à une donation ; c'est pourquoi par Ar. de la Gr. Ch. du Jeudy 3 Juin 1745, rendu sur les conclusions de M. Joly de Fleury, Proc. Gén., qui a porté la parole, à cause de l'absence de Messieurs les Avocats Généraux, pour la députation faite au Roi en Flandres, la Cour a jugé pareillement qu'une mere qui avoit déclaré son fils par son contrat de mariage, titulaire d'un Office d'Exempt de Maréchaussée, et qu'il ne devoit rien sur icelui, étoit tenue de payer les créanciers antérieurs au contrat de mariage, et qu'elle même étant créancière, étoit censée avoir fait remise de cette dette à son fils.

Nota, dans l'espece de ce dernier Arrêt il ne s'agissoit point de la dot de la femme, ni d'aucune de ses reprises ; elle s'étoit fait remplir de sa dot après une Sentence de séparation de biens. Et M. le Procureur Gén. a relevé l'omission faite par le Journaliste ; plaidans Me. Simon de Mozar, du Vaudier, et Cailleau.

[ARTICLE 1400.]

§ 4. *De la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte.*

1400. La femme peut stipuler qu'en cas de renonciation à la communauté, elle reprendra tout ou partie de ce qu'elle y aura apporté soit lors du mariage, soit depuis ; mais cette stipulation ne peut s'étendre au-delà des choses formellement exprimées, ni au profit de personnes autres que celles désignées.

Ainsi la faculté de reprendre le mobilier que la femme a apporté lors du mariage, ne s'étend point à celui qui serait échu pendant le mariage.

Ainsi la faculté accordée à la femme ne s'étend point aux enfants ; celle accordée à la femme et aux enfants ne s'étend point aux héritiers ascendants ou collatéraux.

Dans tous les cas, les apports ne peuvent être repris que déduction faite des dettes personnelles à

§ 4. *Of the right given to the wife of taking back free and clear what she brought into the community.*

1400. The wife may stipulate, that in case of renunciation of the community, she shall take back the whole or a part of what she brought into it either before or since the marriage ; but such stipulation cannot extend beyond things formally specified, nor to other persons than those who are designated.

Thus, the right of taking back the moveable property brought in by the wife at the time of the marriage, does not extend to similar property accrued to her during the marriage.

Thus, the right given to the wife does not extend to the children ; and that given to the wife and to the children, does not extend to her ascendant or collateral heirs.

In all cases, the wife can only take back her contributions after deduction has been made of such

la femme et que la communauté aurait acquittées.	of her private debts as have been paid out of the community.

* *C. N.* 1514. } La femme peut stipuler qu'en cas de renonciation à la communauté, elle reprendra tout ou partie de ce qu'elle y aura apporté, soit lors du mariage, soit depuis; mais cette stipulation ne peut s'étendre au delà des choses formellement exprimées, ni au profit de personnes autres que celles désignées.

Ainsi la faculté de reprendre le mobilier que la femme a apporté lors du mariage, ne s'étend point à celui qui serait échu pendant le mariage.

Ainsi la faculté accordée à la femme ne s'étend point aux enfans; celle accordée à la femme et aux enfans ne s'étend point aux héritiers ascendans ou collatéraux.

Dans tous les cas, les apports ne peuvent être repris que déduction faite des dettes personnelles à la femme, et que la communauté aurait acquittées.

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1514 *C. N.* } 368. Cet article est l'extrait de celui de M. Pothier, où il traite de la convention de reprise de l'apport de la femme.

Cette clause est très-fréquente dans les contrats de mariage. Elle est contraire aux principes ordinaires de la société. Aussi est-elle l'objet d'une critique amère de la part de l'auteur de l'*Histoire des lois sur le Mariage*, (1) dont nous avons parlé dans l'introduction au titre sur lequel nous écrivons. On ne conçoit pas, dit-il, qu'un associé puisse avoir part aux gains de la société, sans en partager les pertes, et qu'il retire encore sa mise.

On convient que cela est extraordinaire. Mais il faut faire attention d'abord à la grande faveur que l'on accorde au contrat de mariage; en second lieu, à la circonstance que la

(1) 11 Pandectes frs., p. 1 et s.

femme n'a aucune inspection, aucun droit d'administration sur la société conjugale. Ces considérations rendent la convention bien moins étrange.

Au reste, c'est parce qu'elle est exorbitante des principes communs, qu'elle est de Droit étroit et de rigueur; qu'elle ne s'étend qu'aux cas prévus et aux personnes désignées. On la renferme strictement dans ses termes.

369. On ne l'étend qu'aux choses dont la reprise a été stipulée. En conséquence, lorsqu'il est dit qu'en cas de renonciation la femme reprendra ce qu'elle a apporté, cette convention ne s'applique qu'aux biens qu'elle avait lors du mariage, et non ceux qui lui sont échus depuis. Pour comprendre ces choses dans la clause de reprise, on ajoute, *et tout ce qu'elle y aura apporté depuis,* ou *tout ce qui y sera entré depuis à cause d'elle.*

Ces termes cependant ne sont point sacramentels. On peut en employer d'autres, pourvu qu'ils énoncent évidemment l'intention des parties. C'est ainsi qu'il a été jugé que la clause par laquelle il était dit que la femme reprendrait sa dot, ensemble tout ce qu'elle *montrerait* avoir apporté de plus, comprenait les biens échus depuis le mariage.

Que faut-il dire de la clause portant que la femme renonçant à la communauté, reprendra *tout ce qu'elle se* TROUVERA *y avoir apporté !*

Lebrun et M. Pothier citent un arrêt du 18 juin 1687, qui a jugé que cette clause ne comprenait que les biens apportés lors du mariage. M. Pothier remarque que Lebrun n'approuve point cet arrêt, et qu'il pense que les termes étant conçus au futur, doivent comprendre les biens échus depuis le mariage. Cela, dit M. Pothier, paraît effectivement être assez le sens de ces termes.

Nous ajoutons que ce sens ne peut pas être douteux. C'est au moment de la renonciation que la femme a droit de reprendre. Que doit-elle reprendre ? tout ce qu'elle *aura* apporté. Donc c'est tout ce qu'elle aura apporté jusqu'au temps de la renonciation. Si les parties, en faisant la convention,

n'eussent pas voulu étendre la faculté aux biens à venir, elles n'auraient pas employé le futur.

378. La dernière disposition de notre article décide une question qui s'était élevée entre les auteurs, et qui consistait à savoir si la femme ou ses héritiers, exerçant la faculté de reprise d'apport, devaient faire déduction des dettes passives qu'elle avait lors de son mariage. Le Code civil la résout conformément à l'opinion de M. Pothier, pour l'affirmative.

Lebrun était d'avis contraire. Il enseignait que quand il n'y avait pas de séparation de dettes, la femme devait retirer tout son actif, et que non seulement le mari ne pouvait pas lui compter les dettes qu'il aurait payées, mais encore qu'il était tenu de l'acquitter de celles qui ne le seraient pas.

M. Pothier démontre avec la solidité qui caractérise ses ouvrages, que cela est injuste et contraire à la règle qu'il n'y a de biens qu'après la déduction des dettes. La femme n'a véritablement apporté à la communauté que ce qui reste après la défalcation de ses dettes. Elle ne doit donc les reprendre que sous cette déduction. Cela est également évident et juste. C'est avec grande raison que le Code civil a adopté cette décision.

Elle doit s'appliquer de même aux successions qui sont échues à la femme depuis le mariage, pour les dettes dont elles étaient chargées, et qui sont tombées dans la communauté.

Quand on dit que la femme reprendra franchement et quittement de toutes dettes, on entend celles créées depuis le mariage, et souvent on l'exprime. C'est contre elles que la clause est faite.

Mais M. Pothier ajoute : "Il en serait autrement si la reprise n'était pas de l'universalité des biens que la femme a apportés à la communauté, mais d'une certaine somme, ou de certaines choses." Il décide que, dans ce cas, elle ne serait pas obligée de tenir compte de ses dettes passives antérieures au mariage.

Faut-il encore suivre cette décision ?

On opposera les termes de notre article, qui porte : " *Dans tous les cas,* les apports ne peuvent être repris que déduction faite des dettes personnelles à la femme." On en conclura qu'il comprend celui dont il s'agit comme les autres.

Nonobstant cet argument, il faut s'en tenir à la décision de M. Pothier, qui, comme il le dit, ne peut être douteuse. Les dettes sont une charge de la totalité, de l'universalité des biens, et non d'une certaine espèce. La femme a fait ici une composition, un forfait. Elle doit l'avoir entier.

Les termes du Code civil, *dans tous les cas,* se rapportent à ceux qu'il a prévus dans les paragraphes précédens ; c'est-à-dire, soit que la faculté de reprise soit exercée par la femme, soit que le droit s'ouvre en faveur de ses héritiers. Ces termes ne peuvent pas s'appliquer à la circonstance particulière dont il s'agit, qui n'est point entré dans l'intention du législateur, et n'a pas même pu être présente à son esprit.

Que si la faculté de reprise est accordée à la femme pour une quotité de son apport, comme un tiers, un quart ou toute autre portion, elle ne doit faire déduction de ses dettes que pour la même portion. C'est une suite de nos principes.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1514 *C. N.* } La faculté de reprendre l'apport, en renonçant à la communauté, est renfermée dans les termes précis de la stipulation, parce qu'elle est contraire aux règles ordinaires de la société, qui ne veulent pas qu'on puisse participer aux gains, tandis qu'on ne peut pas supporter de perte.

Cette circonscription dans les termes de la stipulation a été si rigoureusement maintenue par certains auteurs, qu'ils ont décidé que si la faculté n'était stipulée que pour la femme et ses enfans, elle n'avait pas lieu en faveur des petits-enfans ; mais Pothier condamne avec raison cette opinion ; il décide même que si elle a été stipulée pour la femme et ses collatéraux, elle est censée, à plus forte raison, stipulée pour les enfans. Pothier, n. 387 et suiv.

Quoique cette faculté soit stipulée pour la femme seule, cela n'empêche pas que si elle survit à son mari, ou si la communauté est autrement dissoute du vivant de la femme, ses héritiers quelconques ne puissent reprendre ses apports, quoiqu'elle n'eût pas encore renoncé à la communauté ; l'effet de la stipulation est seulement d'empêcher ses héritiers d'user de la faculté, si elle prédécède son mari. Ainsi jugé par arrêt du 2 juillet 1716. *Voyez* Pothier, *ibidem.*

---

* 1 *Pothier (Bugnet), Int. tit.* 10, *Cout. d'Orléans, nos* 68 *et s.* } 68. Il est d'usage de convenir par les contrats de mariage que la femme, en cas de renonciation à la communauté, reprendra ce qu'elle y a apporté.

69. Cette clause par laquelle la femme est associée pour le gain, sans l'être pour la perte, contient une espèce d'iniquité : c'est pourquoi, quoiqu'elle soit aujourd'hui d'usage dans tous les contrats de mariage, la femme, quoique mineure, ne serait pas restituable contre cette omission.

70. Quoique régulièrement chacun soit censé avoir stipulé pour ses héritiers et autres successeurs universels ce qu'il a stipulé pour lui, néanmoins, dans la clause de reprise, qui est de droit étroit, la femme est censée n'avoir stipulé que pour elle le droit de reprise, si ses héritiers ne sont pas expressément compris dans la clause : c'est pourquoi, si elle prédécède, ses héritiers n'auront pas ce droit.— Mais, si la femme a survécu à la dissolution de communauté, le droit de reprendre a été ouvert à son profit par la dissolution de communauté, et elle le transmet à ses héritiers. Cela a lieu quand même elle serait morte avant que de s'être expliquée sur l'acceptation ou la répudiation de la communauté ; arrêt du 29 juillet 1716, au tome 6 *du Journal.* La raison est, que cette répudiation, que la femme doit faire pour exercer la reprise de son apport, n'est pas une condition suspensive qui arrête l'ouverture du droit de reprise, mais seulement *lex faciendi;* c'est-à-dire, une chose que la femme à qui le droit est acquis,

ou ses héritiers, doivent faire pour pouvoir exercer ce droit, qui n'est accordé qu'à cette charge.— Par la même raison, lorsque le droit de reprise a été une fois ouvert au profit de la femme, les créanciers de cette femme peuvent l'exercer pour elle, comme ayant droit d'exercer le droit de leur débitrice. Lebrun est néanmoins d'avis contraire (liv. 3, ch. 2, sect. 2, dist. 5, nº 17), mais mal à propos. Il y a plus : quand même cette femme, en fraude de ses créanciers, et, pour les priver du bénéfice de cette reprise, aurait accepté une communauté onéreuse, les créanciers de cette femme pourraient, sans avoir égard à cette acceptation de la femme, exercer pour elle la reprise de son apport, en abandonnant aux héritiers du mari les biens de la communauté ; de même que les créanciers d'un héritier qui, pour les frauder, a renoncé à une succession avantageuse, peuvent, sans avoir égard à cette renonciation, exercer dans cette succession les droits de leur débiteur.

71. Lorsque la femme a compris ses enfans ou quelques autres parents dans la clause, le droit de reprise est, par son prédécès, transmissible dans sa succession, si ce sont ses enfants ou autres parents compris dans la clause qu'elle laisse pour ses héritiers ; autrement non.— Lorsque la clause de reprise est conçue en ces termes, *la future et les siens pourront etc.* ces termes ne comprennent que les héritiers de la ligne descendante, c'est-à-dire les enfants, en quelque degré qu'ils soient.—S'il est dit, *la future et ses enfants etc.* je pense que les enfants, en quelque degré qu'ils soient, sont compris dans la clause, suivant la signification commune de ce terme. (L. 220, ff. *de verb. signif.*) Il n'y a aucune raison de croire que les parties s'en soient écartées dans cette clause, leurs affections pour leurs petits enfants étant la même que pour leurs enfants.— Ce terme *enfants*, lorsqu'il est illimité, comprend aussi tant les enfants des précédents mariages, que ceux du futur mariage. Lorsqu'il est dit, *les enfants qui naîtront du futur mariage*, ceux des précédents mariages sont exclus pour le cas auquel il ne se trouverait aucun enfant du futur ma-

riage qui vînt à la succession de sa mère : mais, lorsqu'il y en a, ceux des précédents mariages concourent avec eux dans la reprise, et ils ne sont pas censés en avoir été exclus dans ce cas, la loi du rapport ne permettant pas que des enfants soient plus avantagés que les autres dans la succession de leur mère commune.— Lorsqu'il est dit que *la future et ses collatéraux pourront, en renonçant, reprendre, etc.*, il y a tout lieu de présumer que les parties ont entendu, à plus forte raison, comprendre leurs enfants dans la clause, et même les ascendants de la femme, et qu'elle doit être entendue en ce sens, *ses héritiers, même collatéraux.* La question n'est pas néanmoins sans quelque difficulté. Lebrun, liv. 3, ch. 2, sect. 2, dist. 5, n° 12, rapporte un arrêt de 1607 (25 déc.), qui est le 112e de ceux de Montholon (p. 244), qui a jugé la question contre les enfants. On a pu se fonder sur cette raison, que la femme, en ne stipulant pas pour ses enfants la reprise qu'elle a stipulée pour ses collatéraux, a pu avoir cette raison, que ses biens devant retourner, après la mort du père, à ses enfants, il n'était pas nécessaire, pour les conserver à sa famille, de leur en stipuler la reprise.

72. Le droit qui résulte de la clause de reprise étant de nature à ne se pas transmettre dans la succession de la femme par son prédécès, à moins que ceux qui la recueillent ne se trouvent eux-mêmes compris dans la clause, il suit de là que, s'il est dit que *la femme, ses enfants et ses collatéraux pourront, en cas de renonciation à la communauté, reprendre etc.*, et que la femme étant prédécédée, aucun de sa famille n'accepte sa succession, la reprise ne pourra être exercée ni par le haut justicier qui lui succèderait par droit de déshérence, ni par le curateur à sa succession vacante pour les créanciers.— Mais, si un parent de cette femme, compris dans la clause, se porte héritier de cette femme sous bénéfice d'inventaire ; quoique, ensuite, il abandonne la succession aux créanciers, le droit de reprise qui a été ouvert au profit de cet héritier, pourra être exercé par les créanciers.—Pareillement, lorsqu'il y a un étranger légataire universel, le droit de reprise qui a

été ouvert au profit du parent héritier compris dans la clause, qui a accepté la succession, se trouvant faire partie des effets compris au legs universel, pourra être exercé par le légataire après qu'il aura été saisi de son legs. Lebrun, *ibidem*, est néanmoins d'avis contraire : il prétend que la reprise ne peut, en cette espèce, être exercée ni par l'héritier, ni par le légataire, n'ayant pu être ouverte ni au profit du légataire, qui est un étranger, ni au profit de l'héritier, à cause du legs universel. La réponse est que le legs universel n'empêche point que ce droit de reprise n'ait été ouvert au profit de l'héritier, pour de là passer au légataire. En vain dit-on que la propriété des choses léguées est censée passer directement du défunt au légataire : l'héritier étant essentiellement le successeur à tous les droits du défunt, *successor in universum jus*, tous les droits du défunt, quoique légués, ne laissent pas de passer en sa personne : ce n'est que par une fiction de droit, établie en faveur du légataire, qu'ils sont censés passer directement en la personne du légataire ; et ce qui n'est établi qu'en sa faveur, ne doit pas, en cette espèce, être rétorqué contre lui, ni empêcher qu'il y ait eu ouverture au droit de reprise qui se trouve faire partie de son legs universel. Ajoutez que, dans l'opinion de Lebrun, il serait au pouvoir de la femme, en faisant un legs universel à un étranger, d'avantager son mari, et de le décharger de l'obligation de la restitution de l'apport ; ce qui est un très grand inconvénient. Il y a un arrêt de 1711 (9 janvier), rapporté par l'annotateur de Lebrun, *ibid.*, nº 17, conforme à notre avis. Il y en a qui vont jusqu'à soutenir que le légataire pourrait prétendre la reprise, quand même l'héritier compris en la clause de reprise, aurait renoncé à la succession ; et que cette renonciation doit passer pour une renonciation frauduleuse à laquelle on ne doit pas avoir égard. Je ne puis être de cet avis : car cette reprise étant un droit de la succession de la femme, ne peut être ouvert au profit des personnes comprises dans la clause, qu'elles n'acceptent sa succession. On ne peut pas dire non plus que la renonciation soit frauduleuse. Il est bien vrai que, selon

notre jurisprudence, un débiteur est censé commettre une fraude envers ses propres créanciers, lorsqu'il renonce à une succession avantageuse qui pourrait servir à les payer ; et en conséquence, sans avoir égard à cette renonciation frauduleuse, ses créanciers sont admis à exercer ses droits dans cette succession : mais, dans cette espèce, l'héritier appelé à la succession a pu renoncer sans commettre de fraude envers le légataire universel dont il n'était pas le débiteur.

73. Lorsqu'il est dit que la future reprendra, en renonçant, *son apport*, ou *ce qu'elle a apporté*, la clause, qui est de droit étroit, ne comprend que ce qu'elle avait lors du mariage. Mais s'il est dit qu'elle reprendra *ce qu'elle aura apporté*, ces termes, qui sont au temps futur, comprennent, outre ce qu'elle avait lors du mariage, tout ce qui lui est depuis avenu par donation ou succession, et est tombé en communauté ; Lebrun, *ibid.*, n° 38.

74. C'est la dissolution de communauté qui donne ouverture au droit de reprise au profit de la femme, soit qu'elle arrive par le prédécès du mari, soit qu'elle arrive par la séparation, quand même la clause serait conçue dans ces termes, dans lesquels plusieurs notaires ont coutume de la concevoir : *La femme survivante pourra etc.* ; car l'intention des parties, par ce terme de *survivante*, n'a été que de signifier que le droit de reprise n'était accordé qu'à la future et non à ses héritiers, si la communauté était dissoute par son prédécès ; Lebrun, *ibid.*, n° 22.—Le droit de reprise ayant été ouvert en ce cas par la séparation, quoique la femme vienne par la suite à prédécéder, le mari n'a pas la répétition des deniers de son apport dont elle a eu la reprise ; Arrêt du 30 octobre 1718, au t. 7 *du Journal.* Lebrun, *ibid.*, n° 23.

75. Lorsque c'est du mobilier qui a été mis en communauté, la reprise est de la somme à laquelle montait sa valeur lorsqu'il y est entré. Lorsque la femme a mis des immeubles en communauté, elle les reprend en nature, s'ils se trouvent par devers son mari, ou sa succession, lors de la dissolution de communauté. S'il les avait aliénés, elle ne pourrait pas

les revendiquer contre les tiers détenteurs : car par la clause d'ameublissement, qui doit se concilier avec la clause de reprise, elle est censée avoir consenti que son mari ait, durant la communauté, sur ces propres ameublis le même droit que sur les conquêts; qu'il pût par conséquent les aliéner (sans préjudice néanmoins de ses hypothèques) de même que les conquêts; et qu'en ce cas la créance de la reprise de ces héritages fût convertie en celle du prix pour lequel ils auraient été vendus, pourvu que la vente ait été faite de bonne foi et sans fraude. Lebrun, *ibid.*, nº 57. Que si le mari les avait vendus à vil prix, il devrait rendre leur juste valeur, eu égard au temps de l'aliénation.

76. Le mari, comme tout autre débiteur de corps certain, doit entretenir en bon état les héritages sujets à la reprise, et il est tenu des dommages et intérêts s'ils ne s'y trouvent pas lorsque la femme les reprend en nature. Par la même raison, s'ils n'y étaient pas lorsqu'il les a vendus, il doit faire raison à sa femme de ce qu'ils auraient été vendus de plus s'ils eussent été en bon état.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *nº* 379 *et s.* } 379. C'est une convention très usitée dans les contrats de mariage, que celle par laquelle la femme stipule : " *qu'elle pourra, lors de la dissolution de communauté, en y renonçant, reprendre franchement et quittement ce qu'elle y a mis.*"

Cette convention par laquelle la femme doit avoir part aux gains, si la communauté prospère, sans rien supporter des pertes dans le cas contraire, étant une convention que la faveur des contrats de mariage y a fait admettre, quelque contraire qu'elle soit aux règles ordinaires des sociétés, elle est de droit très étroit.

380. C'est la dissolution de communauté qui donne ouverture au droit qui résulte de cette convention. Aussitôt que la dissolution de communauté est arrivée du vivant de la femme, *putà*, par la mort du mari, le droit qui résulte de

cette convention est acquis à la femme dès l'instant de la mort du mari : il devient dès lors un droit formé, qui fait partie des biens de la femme, dont elle peut disposer, et qu'elle transmet dans sa succession.

Il n'est pas nécessaire, pour que ce droit soit ouvert, d'attendre que la femme ait renoncé à la communauté. La renonciation à la communauté n'est pas apposée dans cette convention comme une condition qui en doive suspendre l'ouverture; c'est plutôt *lex faciendi ;* c'est la charge sous laquelle la femme doit user du droit que cette convention lui donne de reprendre franchement et quittement ce qu'elle a apporté à la communauté. Elle ne peut le reprendre qu'à la charge d'abandonner le surplus en renonçant à la communauté : mais dès avant qu'elle ait renoncé à la communauté, elle a, par la dissolution de communauté, le droit de reprendre ce qu'elle y a mis, à la charge d'abandonner le surplus ; et si elle meurt avant d'avoir pris qualité, elle transmet à ses héritiers ce droit tel qu'elle l'avait, c'est-à-dire le droit de reprendre ce qu'elle a apporté à la communauté, en renonçant à la communauté. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 29 juillet 1716, rapporté au sixième tome du *Journal des Audiences* (liv. 6, ch. 58).

381. Les notaires expriment quelquefois cette convention d'une manière louche. — Au lieu de la concevoir en ces termes : *Arrivant la dissolution de la communauté, la future épouse pourra, en renonçant à la communauté, reprendre franchement et quittement tout ce qu'elle y a apporté ;* il y a des notaires qui la conçoivent en ceux-ci : *La future seule survivant, pourra renoncer à la communauté ; ce faisant, reprendre ce qu'elle y aura apporté.* Cela a donné lieu à la question, si ce terme, *survivant*, renfermait une condition, de manière qu'arrivant la dissolution de communauté par une sentence de séparation de biens, le droit qui résulte de cette clause ne dût être ouvert que dans le cas auquel la femme survivrait à son mari. Lebrun, *Traité de la Communauté*, liv. 3, ch. 2, sect. 2, dist. 5, n° 24, décide que ce terme ne renferme pas une con-

dition ; que par ces termes les parties n'avaient voulu dire autre chose, sinon que le droit de reprendre l'apport en renonçant à la communauté, n'était accordé par cette convention qu'à la personne seule de la femme, et non à ses enfants ni à ses autres héritiers. En conséquence les parties, par ces termes, *la femme survivant*, ont seulement voulu dire qu'il y aurait ouverture à la reprise au profit de la femme survivante, dans le cas auquel la dissolution de communauté arriverait par le prédécès du mari, et que dans le cas contraire, auquel elle arriverait par le prédécès de la femme, il n'y aurait pas ouverture à la reprise au profit de ses héritiers, parce que l'intention des parties était d'accorder la reprise à la seule personne de la femme, et non à ses héritiers. Si les parties ne se sont pas expliquées sur le cas auquel la dissolution de communauté arriverait par une sentence de séparation, c'est qu'elles n'ont pas pensé à ce cas, qu'elles ne comptaient pas devoir arriver ; mais on n'en doit pas conclure qu'elles aient voulu restreindre le droit de reprise accordé par la convention à la femme, au seul cas auquel la dissolution de la communauté arriverait par le prédécès du mari, et l'exclure pour le cas auquel elle arriverait par une sentence de séparation. Lebrun autorise sa décision par des arrêts rapportés par Brodeau sur Louet, lettre C, sommaire 26, n° 14, qui ont jugé qu'une femme, dans le cas d'une sentence de séparation de biens, pouvait exercer la reprise qu'elle avait stipulée en cas de survie.

384. Quoique ce soit un principe général pour toutes les conventions, que nous sommes censés avoir stipulé pour nos héritiers tout ce que nous avons stipulé pour nous : *Qui sibi paciscitur, sibi hæredique suo paciscitur* (*Traité des Obligations*, n°s 63 et suiv.) ; néanmoins, par une exception à ce principe général, la convention dont nous traitons, étant d'un droit très étroit, lorsqu'une femme a stipulé " *qu'arrivant la dissolution de communauté, elle pourrait, en y renonçant, reprendre franchement ce qu'elle y a apporté* " ; elle est censée n'avoir stipulé cela que pour elle seule, et non pour ses héritiers,

s'ils ne sont pas expressément compris dans la convention, soit en les y nommant, soit en s'expliquant de manière qu'on ne puisse douter de la volonté que les parties ont eue de les y comprendre. En conséquence, lorsqu'il est dit simplement " *que la future, en renonçant à la communauté, reprendra franchement ce qu'elle y a apporté*"; si, dans ce cas, la communauté vient à se dissoudre par le prédécès de la femme, ses héritiers, n'étant point expressément compris dans la convention, ne pourront pas exercer la reprise ; et en renonçant à la communauté, ils y laisseront tout ce qui y a été apporté par la femme, sans qu'ils puissent reprendre autre chose que ce qui a été réservé propre.

Les enfants avaient néanmoins prétendu autrefois devoir être censés tacitement compris dans cette convention ; mais les arrêts rapportés par Louet et Brodeau, lettre F, sommaire 28, et par les autres arrétistes, ont jugé qu'ils n'y étaient pas plus compris que les autres héritiers, si les parties ne s'en étaient pas expliquées par la convention.

385. Ce principe, que la femme est censée avoir stipulé pour elle seule le droit de reprendre, en renonçant à la communauté, ce qu'elle y a apporté, et non pour ses enfants ou autres héritiers, s'ils ne sont expressément compris dans la convention, a lieu non-seulement lorsque la clause est conçue en ces termes : *La future pourra*, etc.; ou, *Il sera permis à la future*, etc.; il y a lieu même dans le cas où la clause aurait été conçue en termes impersonnels. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 19 février 1604, rapporté par La Thaumassière, en ses questions, 2e centurie, ch. 72. Dans l'espèce de cet arrêt, la clause était conçue en ces termes : *Advenant dissolution de communauté, en cas de renonciation à la communauté, reprise sera faite de tout ce que la femme y aura porté.* La dissolution de communauté étant arrivée par le prédécès de la femme, l'arrêt débouta les enfants de la reprise de l'apport qu'ils voulaient exercer en renonçant à la communauté.

386. Pour que la femme puisse rendre transmissible par son prédécès à ses héritiers le droit qu'elle a stipulé par cette

convention, de reprendre, en renonçant à la communauté, ce qu'elle y a apporté, il faut qu'elle les comprenne expressément dans la convention. En ce cas, lorsque, par son prédécès, elle laisse des héritiers de la qualité de ceux compris dans la convention, elle leur transmet ce droit par son prédécès, et il se fait, par son prédécès, ouverture à ce droit au profit desdits héritiers, qui peuvent l'exercer de même que l'eût exercé la femme, si le droit eût été ouvert de son vivant, par le prédécès du mari, ou par une séparation.

Mais, si la femme, par son prédécès qui a dissous la communauté, n'a laissé que des héritiers qui ne sont pas de la qualité de ceux qui sont compris dans la convention ; *putà*, si la reprise a été stipulée au profit de la future et de ses enfants, et qu'elle ne laisse pour héritiers que des collatéraux ; elle ne transmet pas auxdits héritiers le droit qu'elle a stipulé de reprendre, en renonçant à la communauté, ce qu'elle y a apporté, et la convention devient caduque.

387. On comprend assez souvent les enfants dans cette convention. C'est ce qui se fait par ces termes : *La future et ses enfants pourront*, etc. ; ou *la future et les siens ;* ou *la future et ses hoirs*, etc. ; car ces termes, *siens*, *hoirs*, dans ces clauses qui sont de droit étroit, ne comprennent que les héritiers de la ligne descendante, c'est-à-dire les enfants. C'est ce que nous avons déjà observé *suprà*, n° 328, par rapport aux propres conventionnels.

Au reste, ces termes, *enfants, siens, hoirs,* comprennent non-seulement les enfants du premier degré, mais ceux de tous les degrés. Le terme *enfant,* dans notre langue, répond au terme latin *liberi :* or, la loi 220, ff. *de Verb. sign.*, nous apprend que *liberorum appellatione nepotes et pronepotes, cæterique qui ex his descendunt, continentur.* Il n'y a aucune raison de croire que les parties, dans cette clause, se soient écartées de cette signification ordinaire du terme *enfants ;* l'affection qu'on a pour ses petits-enfants étant la même qu'on a pour ses propres enfants.

Ces raisons me paraissent décisives contre l'opinion de

Lebrun, qui restreint dans cette clause le terme *enfants* à ceux du premier degré.

Ces termes comprennent aussi tous les enfants de la femme, non-seulement ceux qui naîtront du mariage, mais pareillement ceux qu'elle a des mariages précédents. Néanmoins s'il était dit : *La future et ses enfants, qui naîtront du mariage, pourront reprendre*, etc. ; ces termes, *qui naîtront du mariage*, excluraient de la convention ceux des précédents mariages, suivant la règle, *Inclusio unius est exclusio alterius.* C'est pourquoi, dans ce cas, si la femme, par son prédécès qui a dissous la communauté, n'a laissé pour ses héritiers que des enfants de ses précédents mariages, il n'y aura pas ouverture à la reprise pour ses héritiers.

Obiter nota : mais, lorsque la femme a laissé un enfant du mariage, ceux des précédents mariages profitent de la reprise qui a été ouverte au profit de cet enfant avec qui ils la partagent; cet enfant ne devant pas être plus avantagé qu'eux dans la succession de la mère commune, et étant en conséquence obligé à leur faire rapport de l'avantage que lui a fait sa mère, en stipulant la reprise à son profit.

388. Voici une espèce dans laquelle on a jugé que ces termes, *qui naîtront du mariage*, n'excluaient pas les enfants des précédents mariages, dans le cas auquel la femme n'en avait laissé aucun de ce mariage. La clause était conçue en ces termes : " Il sera permis à la future épouse, et aux en-" fants qui naîtront du mariage, même à ses héritiers colla-" téraux, d'accepter ou de renoncer à la communauté ; au-" quel cas de renonciation, reprendront franchement et " quittement tout ce qu'elle aura apporté, etc."—Par arrêt du mois d'août 1686, rapporté par Berroyer, *V.* t. 1, des arrêts de Bardet, liv. 2, ch. 11, nonobstant ces termes, *qui naîtront du mariage*, on adjugea la reprise à un enfant d'un précédent mariage. La circonstance de la reprise accordée dans cette clause, *même aux héritiers collatéraux*, fit présumer que les parties, par ces termes, *aux enfants qui naîtront du mariage*, n'avaient pas entendu exclure les enfants du mariage précé-

dent, qui étaient infiniment plus chers à la femme que ses parents collatéraux, pour lesquels elle avait stipulé la reprise.

389. Par la même raison, si la convention était conçue en ces termes: " *La future et ses héritiers collatéraux* pourront, en renonçant à la communauté, reprendre ce qu'elle y a apporté ;" je penserais qu'on doit entendre la clause comme s'il y avait *et ses héritiers*, MÊME *collatéraux*, et regarder en conséquence les enfants comme compris dans la convention: car il ne peut tomber sous le sens que ce que les parties ont bien voulu accorder à tous les héritiers collatéraux de la femme, elles l'aient refusé à leurs propres enfants, qui leur sont infiniment plus chers.

Je sais qu'il y a plusieurs auteurs qui sont d'avis contraire; Lebrun, *Traité de la Communauté*, liv. 3, ch. 2, sect. 2, dist. 5, nº 12; Lemaître, Duplessis, etc., mais je ne puis déférer à leur avis.

En vain opposent-ils que la convention étant de droit étroit, les enfants ne peuvent être censés compris dans la convention, qu'ils n'y soient expressément compris. La réponse est que, pour que les enfants soient expressément compris dans la convention, il n'est pas précisément nécessaire qu'ils y soient nommés: il suffit que les parties se soient, par les termes de la convention, expliquées de manière qu'il n'y ait pas lieu de douter raisonnablement de la volonté qu'elles ont eue de les y comprendre. Or les parties, en comprenant dans la convention, *même leurs héritiers collatéraux*, ne laissent aucun lieu de douter de la volonté qu'elles ont eue d'y comprendre, à plus forte raison, leurs enfants.—L'arrêt (prononcé à Noël 1607) qui est le 112ᵉ du Recueil de Montholon, et qu'on oppose contre notre opinion, n'a aucune application à la question. Dans l'espèce de cet arrêt, il était dit: *La femme survivante son mari sans enfants, aura tout ce qu'elle a apporté, en renonçant à la communauté; et si elle prédécède sans enfants, le mari sera quitte, et reprendront les collatéraux tout ce qu'elle aura apporté, sans prendre par eux aucune chose en ladite communauté.* La femme étant prédécédée, et ayant laissé pour héritier un

enfant, cet enfant prétendit avoir droit de reprendre, en renonçant à la communauté, ce que sa mère y avait apporté. Il en fut débouté par l'arrêt, et avec raison : car il est évident, dans cette espèce, que les enfants n'étaient compris dans aucune des parties de cette clause. Si l'on accordait par la seconde partie de la clause, aux héritiers collatéraux de la femme, le droit de reprendre tout ce qu'elle avait apporté, c'était par une raison qui leur était particulière : on leur accordait cela comme une récompense de ce qu'ils étaient restreints à cela pour tout droit de communauté, et privés de pouvoir prétendre aucune part dans tous les gains et profits de la communauté, si elle eût prospéré. Mais les enfants, qui auraient participé à la bonne fortune, et auraient eu moitié dans tous les gains, profits et acquisitions, si la communauté eût prospéré, doivent aussi, dans le cas contraire, participer à la mauvaise fortune, et perdre, en renonçant à la communauté, ce que leur mère y a apporté.

390. Lorsque la femme a stipulé " *qu'elle et ses héritiers collatéraux pourraient reprendre, en renonçant à la communauté, ce qu'elle y a apporté,*" doit-on sous entendre, comme compris dans la convention, non-seulement les enfants, mais pareillement, à défaut d'enfants, les père et mère, et autres héritiers de la ligne directe ascendante de la femme ?—Je le pense ; car nos parents de la ligne directe ascendante nous étant plus chers que des collatéraux, et étant plus ordinaire de stipuler cette reprise pour les père et mère de la femme que pour ses collatéraux, il y a tout lieu de présumer que les parties, en étendant la convention de la reprise de l'apport jusqu'aux héritiers collatéraux, ont entendu, à plus forte raison, comprendre dans la convention les parents de la ligne directe ascendante.

Quelque étendue que soit la convention pour la reprise de l'apport, en renonçant à la communauté, lorsqu'on y a expressément compris même les héritiers collatéraux de la femme, elle n'a pas néanmoins encore, en ce cas, la même étendue que les conventions ordinaires : car, dans les con-

ventions ordinaires, ce qu'une personne stipule, elle est censée le stipuler pour elle et pour sa succession, en tant qu'elle est sa succession simplement, soit qu'elle doive être acceptée, et quelles que soient les personnes qui l'accepteront, soit qu'elle doive être jacente.—Au contraire, la convention pour la reprise de l'apport en renonçant à la communauté, étant une convention d'une nature particulière, par laquelle la femme qui stipule cette reprise, est censée ne la stipuler que pour elle, et pour ceux qu'elle a expressément compris dans la convention ; c'est une conséquence, que, lorsqu'elle y a compris expressément *même ses héritiers collatéraux*, elle n'a pas même, en ce cas, stipulé pour sa succession simplement, en tant qu'elle est sa succession, mais seulement pour sa succession, en tant qu'elle sera acceptée par quelqu'un de ses parents. C'est pourquoi si, après sa mort, sa succession est jacente, le curateur à sa succession jacente ne pourra exercer la reprise.

Par la même raison, si, ne s'étant trouvé aucuns parents de la femme, et son mari s'étant trouvé incapable de lui succéder, *putà*, parce que c'est un étranger non naturalisé, le seigneur haut-justicier à qui la succession de la femme a été déférée, la recueille, ne pourra exercer la reprise, que la femme n'a stipulée que pour elle et pour ses héritiers qui seraient de sa parenté.

393. Lorsque la convention pour reprendre, en renonçant, ce que la femme a apporté en communauté, a été ouverte au profit de la femme, soit par le prédécès de son mari, soit par une séparation, l'action qui naît de cette convention pour exiger du mari ou de ses héritiers, en renonçant à la communauté, ce que la femme y a apporté, peut être exercée non-seulement par la femme, au profit de qui le droit qui naît de cette convention a été ouvert ; elle peut pareillement être exercée par toutes les personnes qui ont succédé aux droits de cette femme, ou qui ont droit d'exercer ses droits.

En vain opposerait-on que le droit qui naît de la conven-

tion pour la reprise de l'apport, en renonçant, est un droit personnel à la femme. Il n'est personnel qu'en ce sens, qu'il ne se peut faire ouverture à ce droit qu'au profit de la seule personne de la femme, par la dissolution de communauté qui arrive de son vivant, et que, lorsque la dissolution arrive par son prédécès, il ne peut y avoir ouverture au profit des héritiers de la femme, au droit qui naît de cette convention, s'ils ne sont eux-mêmes compris dans la convention. Mais, lorsqu'une fois le droit qui naît de cette convention a été ouvert au profit de la femme, c'est un droit qui est acquis en pleine propriété, dont elle peut disposer, et qu'elle transmet dans sa succession, de même que tous ses autres biens. C'est pourquoi l'action qui résulte de ce droit, peut être exercée par ses héritiers ou autres successeurs. Elle transmet ce droit à ses héritiers, quand même elle serait morte avant que de s'être expliquée si elle entendait accepter ou renoncer à la communauté, et il a été jugé en conséquence, par arrêt du 2 juillet 1716, rapporté par l'auteur du *Traité des Contrats de mariage* (Sérieux, ch. 8, § 12, t. 2. p. 88), que ses héritiers étaient en ce cas reçus à exercer l'action pour la reprise de son apport, en renonçant à la communauté, comme nous l'avons vu *suprà*, nº 380.

Il en est de même de ses autres successeurs, tel que serait son légataire universel, comme Lebrun en convient, *Traité de la Communauté*, liv. 3, ch. 2, sect. 2, dist. 5, nº 17.

394. Par la même raison, le droit qui naît de la convention pour la reprise de l'apport de la femme, en renonçant à la communauté, ayant été ouvert au profit de la femme, les créanciers de la femme doivent être reçus à exercer l'action qui en naît pour la reprise de l'apport de la femme. C'est mal à propos que Lebrun (*ibidem*), distingue si c'est du vivant de la femme, ou depuis la mort de la femme, qui est morte après que le droit a été ouvert à son profit, que les créanciers de la femme demandent à exercer pour elle cette reprise. Cette distinction n'a aucun fondement. Des créanciers sont reçus, soit du vivant, soit après la mort de leur débiteur, à exercer

tous les droits qui appartiennent à leur débiteur, ou à sa succession.

Il y a plus : quand même la femme au profit de qui le droit de reprendre son apport, en renonçant, a été ouvert par le prédécès de son mari, aurait, en fraude de ses créanciers, et pour favoriser ses enfants débiteurs de cette reprise accepté une communauté mauvaise, et se serait par là privée de son droit, qui ne lui est accordé qu'en renonçant à la communauté ; les créanciers de la femme devraient, en faisant déclarer nulle et frauduleuse l'acceptation que leur débitrice a faite de la communauté, être admis à y renoncer pour elle, et à exercer la reprise de son apport qu'elle a droit d'exercer, en y renonçant. C'est une suite de ce principe de notre jurisprudence, qu'un débiteur ne peut, en fraude de ses créanciers, se désister des droits qui lui sont acquis. C'est pour cela que, lorsqu'un débiteur a renoncé, en fraude de ses créanciers, à une succession avantageuse, ses créanciers sont admis, dans notre jurisprudence, contre la subtilité du droit romain, à exercer les droits de leur débiteur dans cette succession, en faisant déclarer nulle et frauduleuse la renonciation qu'il y a faite.

400. Dans l'espèce d'un arrêt du 12 août 1631, rapporté par Bardet, t. 1, liv. 4, ch. 45, la future avait été dotée par ses père et mère d'une somme de 36,000 livres, et il était dit : *La future épouse, renonçant à la communauté, reprendra les* 36,000 *livres par elle apportées en dot, et tout ce qu'elle montrera avoir apporté de plus.* La Cour jugea que ces termes, *tout ce qu'elle montrera avoir apporté de plus*, comprenaient la reprise d'un legs qui lui avait été fait durant le mariage par un étranger. En effet, ces termes ne permettaient pas de borner la convention à ce que la femme avait apporté en se mariant, puisque n'y ayant apporté qu'une somme fixe et certaine de 36,000 livres, il était dit qu'elle reprendrait *ce qu'elle montrera avoir apporté de plus :* ces termes ne pouvaient s'entendre que de ce qui lui serait advenu pendant

tout le temps qu'a duré la communauté, par succession, don ou legs.

401. Par un arrêt du 18 juin 1687, rapporté au 2e tome du Journal du Palais, p. 673, il a été jugé que cette clause, " la future, en renonçant à la communauté, *reprendra franchement tout ce qu'elle se trouvera y avoir apporté*," ne comprenait que ce que la femme y avait apporté en se mariant, et ne s'étendait pas à un legs qui lui avait été fait durant le mariage.

Lebrun, *de la Communauté*, liv. 3, ch. 2, sect. 2, dist. 5, nº 37, n'approuve pas la décision de ce dernier arrêt : il pense que dans la convention de reprise, ces termes, *ce qu'elle se trouvera avoir apporté*, ou ceux-ci, *ce qu'elle aura apporté*, étant au temps futur, ne se réfèrent pas au temps auquel a commencé la communauté, mais au temps futur de la dissolution de la communauté, et qu'ils comprennent par conséquent, non-seulement ce que la femme a fait entrer en communauté en se mariant, mais tout ce qu'elle y a fait entrer jusqu'au temps de la dissolution de communauté, pendant tout le temps qu'elle a duré. Cela paraît effectivement être assez le sens de ces termes, qui sont au temps futur.

402. Quelquefois par la convention par laquelle la femme stipule le droit de reprendre, en renonçant, ce qu'elle a apporté à la communauté, il est dit " *que ce sera sous la déduction d'une certaine somme que le mari pourra retenir pour l'indemniser des frais de noces* " Lebrun, *Traité de la Communauté*, liv. 3, ch. 2, sect. 2, dist. 5, nº 28, demande, au sujet de cette clause, si la dissolution de communauté étant arrivée par le prédécès du mari, les héritiers du mari, débiteurs de la reprise envers la femme, ont le droit de retenir sur cette reprise la somme qu'eût pu retenir le mari. Il est sans difficulté qu'ils le peuvent. La femme ne peut pas exiger d'eux plus que ce qu'elle a stipulé. Or elle n'a pas stipulé la reprise de tout ce qu'elle a apporté, mais seulement la reprise de ce qu'elle a apporté, sous la déduction d'une certaine somme ; elle ne peut donc demander la reprise de son apport que sous la déduction de cette somme. Les héritiers d'un défunt ne

peuvent être débiteurs, en cette qualité d'héritiers, de plus que de ce dont le défunt était débiteur: or le mari n'était pas débiteur de la reprise de tout l'apport, mais seulement de la reprise de l'apport, sous la déduction d'une certaine somme: ses héritiers ne doivent donc pareillement être tenus de la reprise de l'apport, que sous la déduction de cette somme.

407. La reprise des effets mobiliers que la femme a apportés ou fait entrer en la communauté, ne se fait pas en nature. Le mari ou ses héritiers sont pour cette reprise, lorsqu'il y a ouverture, débiteurs de la somme que lesdits effets valaient lorsque la femme les a apportés ou fait entrer en la communauté: on suit à cet égard l'estimation qui en a été faite lorsque la femme les a apportés ou fait entrer en la communauté. La femme, ou les héritiers au profit de qui la reprise est ouverte, ont seulement sur lesdits effets qui se trouveraient en nature lors de la dissolution de la communauté, un privilége sur tous les autres créanciers du mari, pour le paiement de la somme due pour la reprise.

408. Lorsque la femme a apporté à la communauté ou y a fait entrer des dettes actives, le mari est débiteur envers la femme qui a stipulé la reprise, ou envers ses héritiers compris dans la convention, non-seulement des sommes qu'il a effectivement reçues des débiteurs, mais de tout ce qu'il en a dû recevoir; à moins qu'il n'établisse par le rapport des diligences par lui faites contre les débiteurs, qu'il n'a pas été en son pouvoir d'en être payé. En vain opposerait-on que le mari a le droit de perdre les effets de la communauté; car le principe souffre une exception à l'égard de ceux dont la femme a stipulé la reprise, dans le cas auquel il y a lieu à cette reprise.

409. A l'égard des héritages que la femme a apportés ou a fait entrer en communauté, lorsqu'ils se trouvent en la possession du mari ou de sa succession, au temps de la dissolution de communauté, qui a donné ouverture à la reprise, la femme ou ses héritiers doivent les reprendre en nature.

S'ils se trouvaient détériorés par le fait ou la faute du

mari, le mari, de même que tout débiteur de corps certain, est tenu en ce cas de la somme à laquelle seront estimées les détériorations.

Si au contraire le mari avait fait des méliorations, s'il les avait faites du consentement exprès de la femme, il devrait lui être fait raison du prix qu'elles ont coûté. S'il ne justifiait pas les avoir faites du consentement exprès de la femme, on devrait même, en ce cas, lui faire raison de ce dont l'héritage s'en trouve plus précieux, ou du moins lui permettre de les enlever, en remettant l'héritage dans l'état auquel il était auparavant.

410. Lorsque le mari, pendant la communauté, a aliéné les héritages que la femme y a apportés, la femme qui exerce le droit de reprise de son apport, n'est pas fondée à les revendiquer contre les acquéreurs ; la clause pour la reprise de l'apport doit se concilier avec la clause d'ameublissement.

L'intention des parties, dans la clause d'ameublissement, étant principalement de donner au mari la faculté de disposer des héritages ameublis par sa femme, et de les convertir en argent, quand il en aura besoin ; la clause de reprise de l'apport, qui doit se concilier avec elle, ne doit pas priver le mari de cette faculté. C'est pourquoi, lorsque le mari use du droit qu'il avait de vendre les héritages ameublis par sa femme, le droit de reprise de la femme doit en ce cas se convertir au droit de reprise de la somme que valaient lesdits héritages lors de l'aliénation que le mari en a faite.

Lorsque le mari les a vendus sans fraude, la somme pour laquelle il les a vendus, est censée être la valeur desdits héritages, et c'est de cette somme que la reprise est due. Mais, s'il paraissait que le mari a vendu ces héritages à vil prix, en fraude de la reprise, soit pour gratifier l'acquéreur, soit en recevant de lui secrètement des deniers d'entrée, la femme qui exerce la reprise, n'est point obligée en ce cas de se tenir au prix porté par le contrat, et elle peut la demander suivant l'estimation qui en sera faite.

Pareillement, si l'héritage ameubli, lorsqu'il a été vendu,

était en mauvais état, on doit, lorsque la femme ou ses héritiers exerceront la reprise, leur faire raison de ce qu'il aurait été plus vendu, s'il eût été dans l'état dans lequel le mari devait l'entretenir.

Quoique la clause de reprise de l'apport ne doive pas priver le mari de la faculté d'aliéner les propres ameublis de sa femme, néanmoins, comme cela pourrait être révoqué en doute, il est de la prudence, pour lever toute difficulté, de faire usage de la clause indiquée par l'auteur des *Contrats de Mariage*, que *le futur époux pourra librement disposer de tout ce qui est ameubli; sauf, en cas de reprise de l'apport de la femme, à se pourvoir sur les biens de la communauté ou du mari, pour reprendre le prix.* (Sérieux, ch. 4, § 7, t. 1, p. 397.)

411. La femme qui exerce la reprise de ce qu'elle a apporté à la communauté, doit-elle faire déduction de ses dettes passives qu'elle avait lors de son mariage? Lebrun (*ibid.*, n° 58) décide hardiment que, s'il n'y a pas une clause de séparation de dettes par le contrat de mariage, le mari ou ses héritiers doivent rendre à la femme qui exerce la reprise, tout l'actif qu'elle y a apporté, et que non seulement il ne peut faire aucune déduction des dettes passives de la femme qu'il a payées, mais qu'il est même tenu de l'acquitter de celles qui ne sont pas encore payées. Cette opinion de Lebrun est évidemment injuste. Par la convention qui accorde à la femme, en renonçant à la communauté, la reprise de ce qu'elle y a apporté, on ne lui accorde la reprise que de ce qu'elle a apporté *effectivement.* Or, la femme, en apportant à la communauté l'universalité de ses biens mobiliers, n'y a apporté d'effectif que ce qui reste, déduction faite de ses dettes mobilières, qui en sont une charge, *quùm bona non intelligantur nisi deducto ære alieno:* elle ne doit donc les reprendre que sous la déduction desdites dettes; autrement elle reprendrait plus qu'elle n'a apporté.

Il en serait autrement, si la reprise n'était pas de l'universalité des biens que la femme a apportés en communauté,

mais d'une certaine somme, ou de certaines choses. Par exemple, s'il était dit : *La future épouse, en cas de renonciation à la communauté, reprendra la somme de* 6,000 *liv., pour lui tenir lieu de ce qu'elle y a apporté ;* ou bien s'il était dit, *reprendra l'argenterie qu'elle y a apportée :* il n'est pas douteux que, dans l'un et dans l'autre de ces cas, la femme doit reprendre, sans aucune déduction, soit la somme de 6,000 liv., soit la valeur de l'argenterie qu'elle a apportée en communauté.

---

* 28 *Merlin, Rép., vis Renon. à la Comm., n° 14.* } XIV. Remarquez au surplus que la règle d'après laquelle les enfans et les autres héritiers de la femme ne peuvent pas exercer le droit qu'elle s'est réservé par son contrat de mariage, et qu'elle n'a pas expressément stipulé pour eux, de reprendre son apport mobilier franc et quitte, en renonçant à la communauté, n'empêchent pas qu'ils n'exercent utilement ce droit, lorsqu'elle est morte après la dissolution de la communauté, et avant d'avoir fait son acte de Renonciation.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du 29 juillet 1716. " Les motifs de cet arrêt (disent les rédacteurs du *Journal des audiences,* tome 6, part. 2, page 287) sont que cette faculté n'est, à la vérité, que personnelle, pendant que le mari et la femme vivent, et qu'elle s'éteint lorsque la femme prédécède son mari ; mais lorsqu'elle survit, et que le cas auquel il lui est permis de reprendre, est arrivé, c'est un droit qui lui est acquis, qui fait partie de ses biens, qu'elle transmet comme ses autres biens, et que ses enfants peuvent exercer de même que le préciput, que le don de survie, que le legs que le légataire qui survit le testateur, transmet à ses héritiers, encore bien qu'il n'en ait pas demandé et obtenu la délivrance avant son décès."

[ARTICLE 1401.]

§ 5. *Du préciput conventionnel.*

1401. La clause par laquelle l'époux survivant est autorisé à prélever avant tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobiliers en nature, ne donne droit à ce prélèvement, au profit de la femme survivante, que lorsqu'elle accepte la communauté; à moins que le contrat de mariage ne lui ait réservé ce droit même en renonçant.

Hors le cas de cette réserve, le préciput ne s'exerce que sur la masse partageable, et non sur les biens personnels de l'époux prédécédé.

§ 5. *Of conventional preciput.*

1401. The clause by which the surviving consort is authorized to pretake, before any partition, a certain sum or a certain quantity of moveable effects in kind, does not take effect in favor of the surviving wife who does not accept the community; unless by the contract of marriage such right is reserved to her, even when she renounces.

Excepting the case of such reservation, preciput can only be taken from the mass to be divided, and not from the private property of the predeceased consort.

---

* *C. N.* 1515. } La clause par laquelle l'époux survivant est autorisé à prélever, avant tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobiliers en nature, ne donne droit à ce prélèvement, au profit de la femme survivante, que lorsqu'elle accepte la communauté, à moins que le contrat de mariage ne lui ait réservé ce droit, même en renonçant.

Hors le cas de cette réserve, le préciput ne s'exerce que sur la masse partageable, et non sur les biens personnels de l'époux prédécédé.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *nos* 413 *et s.* } 413. On appelle *préciput*, en matière de communauté, ce que le survivant a droit de prélever sur le biens de la communauté, lors du partage qui en est à faire.

Il y a deux espèces de préciputs; le *préciput légal*, et le *préciput conventionnel.*

440. C'est une convention très ordinaire dans le contrat de mariage, que le futur époux, au cas de survie, aura dans les biens de la communauté par préciput, ses habits et linges à son usage; et ses armes et chevaux, si c'est *un homme de guerre;* ou *ses livres*, si c'est un homme de lettres; ou *ses outils*, si c'est un artisan. A l'égard de la femme, on stipule que la future épouse aura pareillement, en cas de survie, ses habits, bagues et joyaux.

S'il était dit seulement *ses habits*, les bagues et joyaux n'y seraient pas compris; et *vice versâ*, s'il était dit seulement *ses bagues et joyaux*, les habits n'y seraient pas compris.

Ces termes, *ses habits*, comprennent tout ce qui sert à couvrir le corps. Le terme *joyaux*, qui répond au terme latin *ornamenta*, comprend ce qui sert à orner et parer une femme, plutôt qu'à la couvrir: *Ornamenta muliebria sunt*, *quibus mulier ornatur*, *veluti inaures*, *armillæ*, *viriolæ*, *annuli*, *præter signatorios*, *et omnia quæ ad aliam rem nullam parantur*, *nisi corporis ornandi causâ;* L. 25, § 10, ff. *de auro et argento leg.;* c'est-à-dire, les pendants d'oreilles, les bracelets, bagues, anneaux, colliers, aiguilles de tête, et autres ornements de tête, etc.

La montre qu'une femme porte à sa ceinture, l'éventail qu'elle porte à la main, une tabatière, un étui, sont aussi compris, dans l'usage, sous le terme de *joyaux;* et en cela notre terme *joyaux*, a un peu plus d'étendue que le terme latin *ornamenta.*

On n'y comprend pas la toilette, et tout ce qui en dépend: tout cela appartient plutôt à un autre genre, que les jurisconsultes appelaient *mundus muliebris*, et qu'ils distinguaient très fort de ce qu'ils appelaient *ornamenta. Ornamenta,* dit

Ulpien, *sunt quibus mulier ornatur: mundus muliebris,* dit le même Ulpien, *est quo mulier mundior fit; eâd.* L. 25, § 10.

Si à ces termes, *ses habits, bagues et joyaux,* on avait ajouté ceux-ci, *et généralement ce qui se trouvera servir pour l'usage de la personne de la future épouse,* la toilette serait comprise sous la généralité de ces termes, et tout ce qui en dépend, comme miroirs de toilette, boîtes de toilette, pommades, parfums, etc.

Cette convention s'appelle *convention de préciput.* Les choses que le survivant, en conséquence de cette convention, a droit de prélever au partage de la communauté, s'appellent *le préciput du survivant.* On donne le même nom au droit qu'il a de les prélever.

441. Cette convention se fait de différentes manières. Quelquefois on fait consister le préciput en espèces; comme lorsqu'il est dit: *Le survivant prendra pour préciput ses habits, armes et chevaux.* Quelquefois on le fait consister en une somme d'argent; comme lorsqu'il est dit, *prendra pour préciput la somme de tant.*

Lorsqu'on fait consister en espèces le préciput, quelquefois il est illimité; comme lorsqu'il est dit simplement que *le survivant prendra ses habits, armes et chevaux,* ou que *la future prendra ses habits, bagues et joyaux.* Au contraire, quelquefois il est limité par ces termes, que le notaire ajoute, *jusqu'à concurrence de la somme de tant.*

Lorsque le préciput en espèces est illimité, il consiste dans toutes les choses de ces espèces, qui se trouvent dans les biens de la communauté lors de sa dissolution, en quelque nombre qu'elles soient, et à quelque prix qu'elles montent; pourvu néanmoins que ce prix ne soit pas excessif, eu égard à l'état et aux facultés des parties; car, quoique les parties n'aient pas limité le préciput à une somme déterminée, elles sont néanmoins censées être convenues d'un préciput qui fût proportionné à leur état et à leur faculté. Donc, lorsqu'il est excessif, les héritiers du prédécédé sont bien fondés à demander qu'il soit réduit et modéré *arbitrio judicis.*

On doit aussi retrancher de ce préciput les choses qui pa-

raissent avoir été, pendant la dernière maladie du prédécédé, acquises en fraude, et dans la vue de le grossir : comme si un gentilhomme de campagne, qui, depuis un très long temps qu'il est marié, n'avait jamais eu d'autres chevaux que ceux qui servaient au labour de ses terres, avait, pendant la dernière maladie de sa femme, acheté un attelage de six chevaux de carrosse de grand prix ; il serait évident qu'il n'a fait cette emplette que dans la vue de grossir le préciput illimité de ses armes et chevaux ; et les héritiers du prédécédé seraient bien fondés à l'empêcher de les y comprendre.

442. Quelquefois on donne le choix au survivant, du préciput en espèces, ou du préciput d'une somme d'argent; comme lorsqu'il est dit, *prendra ses habits, armes et chevaux, ou la somme de tant.* Le préciput en espèces peut, en ce cas, excéder la somme d'argent dont on lui a donné le choix, pourvu néanmoins qu'il n'y ait pas une trop grande disproportion.

Quelquefois on donne l'un et l'autre, savoir : un préciput en argent, et un préciput en espèces ; comme lorsqu'il est dit, *aura par préciput la somme de tant, et en outre ses habits, armes et chevaux.*

Quoique la convention de préciput, quelles que soient les choses et les sommes dans lesquelles on la fait consister, renferme un avantage que celui des conjoints qui doit prédécéder, fait au survivant, et qu'il soit regardé comme tel, tant par rapport au premier qu'au second chef de l'édit des secondes noces, comme nous l'avons vu en la dernière partie de notre *Traité du Contrat de Mariage;* néanmoins elle est regardée plutôt comme convention de mariage, que comme donation ; et en conséquence elle n'est pas sujette à la formalité de l'insinuation.

447. Le préciput ne peut ordinairement s'exercer qu'en cas d'acceptation de la communauté par la femme ou les héritiers de la femme.

Lorsque c'est le mari qui a survécu, il est évident que si les héritiers de la femme renoncent à la communauté, la con-

vention du préciput devient inutile au mari, puisque tous les effets de la communauté, ceux qui auraient composé le préciput, ainsi que les autres, lui demeurent *jure non decrescendi.*

Lorsque c'est la femme qui a survécu, elle ne peut pas non plus prétendre son préciput, si elle a renoncé à la communauté; car, par sa renonciation à la communauté, elle renonce entièrement à tous les biens de la communauté, à quelque titre qu'elle eût pu les prétendre. D'ailleurs le préciput étant un droit qui s'exerce au partage de la communauté, il ne peut y avoir de préciput lorsque, par la renonciation de la femme, il n'y a plus de partage à faire de la communauté.

448. On convient néanmoins assez souvent par les contrats de mariage, " que la future épouse, en cas de renonciation à la communauté, aura son préciput."

L'esprit de cette convention est de rendre le mari et sa succession garants du préciput de la femme. C'est pourquoi, non-seulement elle a l'effet de rendre la femme, en cas de renonciation à la communauté, créancière du montant de son préciput contre la succession de son mari; elle a aussi l'effet, en cas d'acceptation de la communauté, de rendre la femme créancière de la succession de son mari, de ce qui s'est trouvé de manque dans les biens de la communauté, pour la remplir en entier de son préciput : au lieu que, hors le cas de cette convention, et lorsque les parties sont simplement convenues d'un préciput *de telles choses* ou *d'une telle somme*; de même que la femme, en cas de renonciation, n'a aucun préciput, elle n'a non plus, en cas d'acceptation, aucun recours contre la succession de son mari, pour ce qui s'est trouvé de manque dans les biens de la communauté, pour la remplir de son préciput; le préciput n'étant *in se* qu'un droit de prélever sur la masse, qui ne peut avoir lieu qu'autant qu'il y a de quoi prélever.

Voy. *Pothier*, *Comm.*, cité sur art. 1380.

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Int. tit.* 10, *Cout. d'Orléans*, *nos* 77 *et s.* } 77. C'est une clause très ordinaire dans les contrats de mariage, que le futur époux, en cas de survie, aura dans les biens de la communauté par préciput, ses habits et linges à son usage ; et *ses armes et chevaux,* si c'est un homme de guerre ; ou *ses livres,* si c'est un homme de lettres ; ou *ses outils*, si c'est un artisan ; et pareillement que la future, en cas de survie, aura par préciput *ses habits*, *linges*, *bagues et joyaux.* Ce préciput est quelquefois limité à une certaine somme ; quelquefois il est illimité ; quelquefois on convient que le survivant aura le choix de ces choses ou d'une certaine somme.—Dans le cas d'un préciput illimité, *putà*, lorsqu'il est dit que le mari survivant aura par préciput ses livres ; s'il s'est fait une bibliothèque qui monte à une somme excessive, il doit être réduit *arbitrio judicis.*

78. Il n'y a que la mort naturelle de l'un des conjoints qui donne ouverture au préciput de l'autre : car il n'est pas probable que dans cette convention on ait eu un autre cas en vue ; Arrêt du 2 juin 1549, le roi Henri II tenant son lit de justice.—Lorsque l'un des conjoints dont les biens ont été confisqués survit à l'autre, il y a des auteurs qui refusent le préciput au fisc.

79. Il est évident que la clause de préciput devient inutile au mari survivant, lorsque les héritiers de la femme renoncent à la communauté. Lorsque la femme survivante y renonce, elle est censée renoncer à tout ce qu'elle peut prétendre dans les biens de la communauté, tant à titre de préciput qu'autrement ; et en conséquence, la clause de préciput lui devient pareillement inutile ; Lebrun, liv. 3, ch. 2, sect. 1, dist. 4, nº 4. Mais on convient fort souvent par les contrats de mariage que la femme, même en cas de renonciation, aura son préciput : et, en ce cas, le préciput est une créance que la femme, qui a renoncé à la communauté, a contre la succession de son mari.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1515 *C. N.* } Cette section est intitulée, *du Préciput conventionnel*, par opposition au préciput légal qui avait lieu, suivant l'article 238 de la Coutume de Paris et autre, en faveur du conjoint survivant et noble : il avait le droit de prendre tous les meubles existans hors la ville et faubourg de Paris, quand il n'y avait pas d'enfans, et sous d'autres conditions ; ce préciput est abrogé avec les Coutumes mêmes.

A moins que le contrat de mariage, etc. Telle était aussi la jurisprudence. Si le préciput est convenu même en renonçant, c'est alors un don, dit Renusson, part. 1, chap. 4, nº 65. Rousseaud, verbo *Préciput*, sect. 1, dit d'après Duplessis, Consult. 14, que la femme en est privée ; si elle n'a fourni la dot promise. Je ferais beaucoup de doute sur cette décision qui n'est fondée sur aucune loi.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1515 *C. N.* } Le préciput légal n'a plus lieu. Il est abrogé par le silence du Code civil. La convention seule peut maintenant l'établir. On peut le composer comme on veut, pourvu que la stipulation soit expresse. On ne pourrait pas dire dans un contrat de mariage que le survivant des époux prendra le préciput légal, puisqu'il n'y en a plus ; ni qu'il prendra le préciput réglé par telle ou telle Coutume, parce que toutes les coutumes étant anéanties, elles ne peuvent plus rien régler. Il faut nécessairement exprimer en quoi doit consister le préciput dont on convient.

381. C'est ordinairement dans une portion des meubles de la communauté. On stipule le plus fréquemment que l'époux survivant prendra, avant partage, ceux des meubles de la communauté qu'il voudra choisir jusqu'à concurrence d'une certaine somme, ou cette somme en deniers comptans.

Au reste, comme cette convention est purement volontaire, il dépend des contractans de l'étendre ou de la resserrer comme bon leur semble.

On y comprend souvent en faveur du futur époux, ses ha-

bits, linges et bijoux, ainsi que ses chevaux, si c'est un homme de guerre ; ou ses livres, si c'est un homme de cabinet ; et en faveur de la future, ses habits, linges, dentelles, bijoux, joyaux et diamans à son usage ; quelquefois encore sa toilette ; et dans les maisons riches, un carrosse attelé.

L'étendue du préciput dépend beaucoup des termes de la clause. Si elle porte ses habits ou linges, ou même seulement ses habits, les bijoux et joyaux n'y seront pas compris.

Mais le terme *habits* comprend-il le linge, et le linge comprend-il les dentelles ?

Le terme *habits*, dit M. Pothier, comprend tout ce qui sert à couvrir le corps. D'après cela, les auteurs du Répertoire universel de jurisprudence disent que ce terme seul comprend non seulement le linge, mais même les dentelles.

Il est sûr que le mot *habits* a une signification plus étendue que celui *robes*. Il répond au mot latin *vestis*, et doit s'appliquer, comme lui, à tout ce qui sert à vêtir le corps. Or, on ne peut disconvenir que le linge ne soit une partie, et même essentielle, de nos vêtements. Mais il n'en est pas de même des dentelles. Elles sont plutôt des parures que des habits. On ne doit donc pas les comprendre sous ce mot, ni même sous celui *linge,* car des dentelles ne sont pas du linge. On doit d'autant moins donner cette extension à ces mots, que les dentelles forment souvent un objet très-considérable.

Les mots *bagues* et *joyaux,* ou *bijoux et joyaux,* embrassent les bracelets, anneaux, boucles, pendans d'oreilles, et autres ornemens de tête, ainsi que les montres, éventails, tabatières, étuis, dés, et autres petits meubles qui sont destinés à être portés par la personne à l'usage de laquelle ils sont destinés. En cela ces termes ont plus d'étendue que le nom latin *ornamenta,* qui ne s'appliquait qu'à ce qui servait à orner la personne.

On n'étend point ces mots à la toilette et à tout ce qui en dépend. La toilette appartient à un autre genre de choses, que les jurisconsultes Romains appelaient *mundus muliebris.* Elle entrerait dans le préciput, si, aux termes que nous ve-

nons d'indiquer, on avait ajouté ceux-ci, *et généralement tout ce qui se trouvera servir à l'usage de la future épouse.*

382. Lorsque le préciput est illimité, il se compose de toutes les choses appartenant au genre dont parle la clause, telles qu'elles se trouvent dans la communauté lors de sa dissolution. Si cependant elles excédaient par leur valeur d'une manière excessive les facultés des époux et la proportion de leur état, les héritiers du prédécédé pourraient demander qu'il fût réduit à une juste mesure, eu égard à ce qui se pratique ordinairement entre personnes de la même condition et de la même fortune. A plus forte raison doit-on retrancher du préciput les choses qui paraîtraient avoir été achetées en fraude, et pour le grossir, pendant la dernière maladie du prédécédé.

Ordinairement, après avoir énoncé les choses qui composeront le préciput, on en limite l'étendue, en ajoutant, *jusqu'à concurrence de telle somme.* Dans ce cas le survivant qui exerce ce droit ne peut pas excéder la somme stipulée. Si les effets qu'il prend sont supérieurs en valeur, il doit précompter le surplus sur sa part dans la communauté.

Quelquefois on donne au survivant la faculté de prendre certains effets désignés, ou une certaine somme en deniers comptans. Alors le préciput en nature peut excéder cette somme, pourvu néanmoins que ce ne soit pas d'une manière trop considérable. On peut donner à la fois les deux sortes de préciputs, comme lorsqu'on dit qu'il sera de telle somme, outre les habits, linges et hardes. Enfin, et c'est la clause la plus usitée, on dit que le survivant aura par préciput tels des meubles de la communauté qu'il voudra choisir, jusqu'à concurrence de telle somme, suivant la prisée de l'inventaire, ou cette somme à son choix. Dans ce cas, il n'y a aucune difficulté à fixer le préciput.

383. Le mot *préciput* emporte naturellement l'idée d'un prélèvement à faire sur une masse commune. Il ne peut donc régulièrement y avoir lieu à l'exercice de ce droit que quand il y a communauté. Aussi le mari ne peut-il jamais, et dans

aucun cas, prendre de préciput que quand il y a acceptation. Il est même impossible qu'il en soit autrement, car quand la femme ou ses héritiers renoncent, tous les biens de la communauté lui restant, il n'y a ni partage, ni prélèvement à faire.

Lorsque c'est la femme qui survit et qu'elle renonce, elle ne doit de même avoir aucun droit au préciput, puisqu'il n'y a point encore de partage. Il est étonnant que cela ait pu faire difficulté autrefois. Cependant il a fallu des arrêts pour confirmer ce principe.

Il est vrai qu'il est d'un usage très-fréquent de stipuler que la femme, même renonçante, prendra son préciput. Le Code civil a presque converti cet usage en loi, en accordant à la femme qui renonce la reprise de ses linges et hardes ; car cette clause avait principalement pour but de lui assurer cet avantage ou l'équivalent. Lorsque le préciput est d'une somme fixe, la femme qui a le droit de prendre son préciput, même en renonçant, doit avoir cette somme indistinctement, et dans tous les cas. C'est une créance qu'elle a contre son mari.

Que s'il consiste dans certains effets de la communauté, et que les dettes absorbent tout, il est évident qu'elle n'a rien à demander.

384. Lorsque la femme ou ses héritiers acceptent, il faut liquider la communauté. Ils reprennent d'abord ses meubles et deniers stipulés propres, ainsi que ses remplois. Le mari ou ses héritiers exercent ensuite les mêmes reprises. Tous ces objets doivent passer avant le préciput, parce qu'ils sont étrangers à la communauté, et doivent en être distraits avant qu'on puisse le prélever. Il faut aussi, et même avant d'exercer les reprises et remplois, régler les récompenses et indemnités qui peuvent être dues à la communauté, tant par le mari que par la femme, si on n'en a pas fait le rapport. Enfin, on déduit toutes les charges de la communauté envers les étrangers. Après toutes ces déductions, la masse de la communauté se trouve nette, et c'est sur cette masse que doit se prélever le préciput. Par cette opération il se trouve que

le survivant ne prend le préciput que pour moitié sur la part du prédécédé. Il confond l'autre moitié sur lui-même, puisqu'il a droit à cette moitié dans ce qu'il prélève pour se remplir de son préciput, de quelque manière qu'il soit composé.

On stipule quelquefois que le préciput sera pris en entier sur la part du prédécédé. Dans ce cas il faut opérer de la même manière pour composer la masse. Cela fait, on en donne moitié au survivant, et il a ensuite son préciput sur l'autre moitié.

Dans tous les cas, les dettes doivent être déduites sur la masse de la communauté ; ou se payer par moitié entre les héritiers du prédécédé et le survivant, sans que celui-ci puisse être tenu de rien payer au delà de sa moitié, à raison de son préciput.

Si après la déduction des reprises, des remplois, et des dettes, il ne restait rien dans la communauté, le préciput serait caduc. S'il n'y restait que de quoi remplir le survivant d'une partie, il serait caduc pour le surplus. S'il y reste de quoi fournir le préciput, et rien de plus, le survivant a le droit de le prendre.

Tout cela a lieu à l'égard de la femme, quoiqu'il soit dit par le contrat de mariage qu'elle aura son préciput même en renonçant. Si elle accepte, le cas prévu n'est point arrivé. Le préciput doit se régler comme dans celui d'acceptation. Il ne change point de nature. Il est borné à la communauté.

Il en est de même, dans le cas où le préciput doit se prendre sur la portion du prédécédé. Il faut qu'il ait une part pour qu'elle y soit assujettie. Il peut bien absorber cette part entière, mais il n'est pas dû par les biens propres du prédécédé.

385. Lorsque le préciput consiste dans le droit accordé au survivant de prendre certains meubles ou effets de la communauté à son choix, le survivant peut s'opposer à la vente des effets par lui choisis ; mais cela ne peut pas empêcher les créanciers de la provoquer. Il vient alors à contribution sur le prix.

La veuve, outre ce droit de contribution, a encore une hy-

pothèque sur tous les biens de son mari, du jour du contrat de mariage. Cette hypothèque, qui a lieu pour tous ses droits et conventions matrimoniales, s'étend à celle du préciput, dans les cas où il y a lieu, comme à toutes les autres.

Les intérêts du préciput ne courent que du jour de la demande.

---

* 3 *Delvincourt*, *p.* 48. } Nous disons *le survivant*, parce qu'il n'y a que la mort naturelle ou civile de l'un des conjoints, qui puisse donner ouverture au préciput (1).

(1) *Parce qu'il n'y a que la mort naturelle ou civile de l'un des conjoints, qui puisse donner ouverture au préciput.*

La clause de préciput a donc pour principal motif d'empêcher que le survivant ne se trouve dépouillé tout à coup de tout mobilier quelconque. Or, cette raison s'applique au cas de mort civile des époux, comme à celui de mort naturelle.

---

* *Rogron, sur art.* 1515 *C. N.* } *Prélever, avant tout partage.* L'objet de cette clause est surtout de conserver au survivant un mobilier qu'il lui serait pénible de voir vendre pour être obligé d'en acheter un autre, ou pour disputer aux enchères celui auquel il était attaché.–Il ne faut pas confondre cette clause avec l'ancien *douaire*, que le Code n'a pas conservé : on le divisait en douaire de la femme et douaire des enfants. Le premier consistait dans l'usufruit d'une partie des biens du mari, usufruit qui appartenait de plein droit à la femme en pays coutumier ; le second était l'attribution aux enfants, d'une partie de la propriété des biens du mari, propriété dont la femme avait l'usufruit. Comme dans les deux cas le mari ne pouvait aliéner cette partie de ses biens, il s'ensuivait qu'il y avait charge de conserver et de rendre, proscrite aujourd'hui par nos lois (art. 896). C'est maintenant au moyen d'une rente qu'on assure à la femme, que l'ancien douaire est ordinairement remplacé.

---

* *Dard*, *sur art.* 1515 *C. N.* *note a*, *p.* 356. } On connaissait, dans notre ancien droit coutumier, le préciput légal et le conventionnel.

Le préciput légal était un gain de survie que nos coutumes accordaient au survivant de deux conjoints ; il consistait dans la propriété des meubles ou dans l'usufruit des acquêts faits pendant le mariage. Quelquefois, et selon certaines coutumes, il réunissait ces deux objets.

Toutes les Coutumes donnaient le préciput au survivant des conjoints ; ainsi le prédécès seul de l'un des époux donnait ouverture au préciput.

Un très-grand nombre de Coutumes n'accordaient le préciput qu'aux nobles survivant noblement. *Voyez* Paris, art. 238 ; Meaux, art. 49 ; Melun, art. 218 ; Sens, art. 83 ; Etampes, art. 58 ; Montfort-Amaury, art. 133 ; Mantes, art. 131 ; Senlis, art. 146 ; Clermont en Argon, ch. 5, art. 8 ; Clermont en Beauvoisis, art. 189 ; Calais, art. 39 ; Laon, tit. 3, art. 20 et 21 ; Chaumont en Bassigny, chap. 1, art. 6 ; Vitry-le-Français, chap. 4, art. 74 ; Reims, art. 279 et 281 ; Châlons, art. 28 ; Noyon, art. 31 ; Saint-Quentin, art. 3 ; Richemont, art. 93 ; Chaulny, art. 17 et 18 ; Péronne, art. 126 ; Tours, art. 247 ; Chartres, ch. 10, art. 57 ; Berry, tit. 8, art. 13 ; Poitou, art. 238 ; Sedan, tit. 4, art. 78 ; Dreux, art. 113.

Le préciput légal n'avait lieu qu'autant que la communauté subsistait encore entre les époux au temps de la dissolution du mariage. *Voyez* Maine, art. 299 ; DUMOULIN, sur l'art. 116 de l'ancienne Coutume de Paris ; d'HÉRICOURT, sur les art. 20 et 21 de la coutume de Vermandois.

Quelques coutumes n'accordaient le préciput légal que lorsqu'il n'y avait pas d'enfans. *Voyez* Paris, Calais, Meaux, Melun, Troyes, Vitry-le-Français, Valois, Sedan, Bassigny.

D'autres Coutumes, au contraire, n'admettaient le préciput légal que quand il y avait des enfans. *Voy.* Bailliage de Lille, art. 39 ; Valenciennes, tit. 3, art. 9.

Enfin, un petit nombre de Coutumes ne distinguaient pas

s'il y avait ou non des enfans. *Voyez* Luxembourg, Thionville, Senlis, Noyon.

1402. Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage.

1402. Preciput is not regarded as a benefit subject to the formalities of gifts, but as a marriage covenant.

---

* *C. N.* 1516. } Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage.

---

* *Ord. de Louis XV sur les Donations, fév.* 1731, *art.* 19 *et s.* } 19. Les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe, ne seront pas sujettes à la formalité de l'insinuation.

20. Toutes les autres donations, même les donations rémunératoires ou mutuelles, quand même elles seraient entièrement égales, ou celles qui seraient faites à la charge de services et de fondations, seront insinuées suivant la disposition des ordonnances, à peine de nullité.

21. La dite peine de nullité n'aura pas lieu néanmoins à l'égard des dons mobiles, augments, contre-augments, engagements, droits de rétention, agencements, gains de noces et de survie, dans les pays où ils sont en usage ; à l'égard de toutes lesquelles stipulations ou conventions, à quelque somme ou valeur qu'elles puissent monter, notre déclaration du 25 juin 1729, sera exécutée suivant sa forme et teneur.

---

* 24 *Merlin, Rép. v. Préciput Conventionnel*, § *VI.* } VI. Le Préciput conventionnel est plutôt regardé comme convention de mariage, que comme donation ; et en conséquence, Pothier dit qu'*elle n'est pas sujette à la formalité de l'insinuation*, suivant la déclaration du 25 juin 1729, et l'art. 21 de l'ordonnance de 1731 : mais cela n'est pas tout à fait exact.

L'art. 21 de l'ordonnance de 1731 dit seulement que *la peine de nullité* prononcée à défaut d'insinuation des donations, autres que celles qui sont faites en ligne directe par contract de mariage, *n'aura pas lieu néanmoins à l'égard des dons mobiles*, *gains de noces et de survie*, *dans les pays où ils sont en usage ; à l'égard de toutes lesquelles stipulations ou conventions*, *à quelque somme ou valeur qu'elles puissent monter*, *la déclaration du* 25 *juin* 1729 *sera exécutée suivant sa forme et teneur.*

Le Préciput conventionnel doit bien être censé compris sous ce nom de *gains de noces et de survie ;* mais la déclaration du 25 juin 1729, à laquelle renvoie l'ordonnance de 1731, en les exemptant aussi de la peine de nullité, ajoute que " ceux qui auront négligé de satisfaire à cette formalité, " n'ont dû et ne doivent être regardés que comme *sujets aux* " *autres peines prononcées par les édits et déclarations.*" Ainsi, l'exemption de la peine de nullité prononcée par ces deux lois, ne s'étend pas aux peines pécuniaires prononcées par l'édit du mois de décembre 1703, et la déclaration du 20 mars 1708, comme Furgole et Rousseaud de Lacombe ont eu soin de le remarquer, dans leurs Commentaires sur l'art. 21 de l'ordonnance de 1731 (M. Garran de Coulon.)*

[[L'art. 1516 du Code civil consacre formellement le principe, que " le Préciput n'est point regardé comme un avan- " tage sujet aux formalités des donations, mais comme une " convention de mariage."

Du reste, l'observation de Furgole et de Rousseaud de Lacombe, sur les peines fiscales qu'encourt l'époux survivant, pour défaut d'insinuation, est encore applicable au défaut de déclaration au bureau de l'enregistrement, dans les six mois

du décès du premier mourant des époux. *V.* l'article *Gains nuptiaux*, §. 12.]]

Voy. *Pothier*, *Comm.*, n° 442, cité sur art. 1401.

---

* 12 *Pand. frs.*, *sur art.* 1516, *C. N.* } 386. Cette disposition confirme la jurisprudence reçue jusqu'à présent. Les lois anciennes contenaient la même règle. (Déclaration du 25 juin 1729. Ordonnance des Donations, de 1731, art. 21.)

Cependant le préciput est sujet à la réduction en cas de secondes noces, quelque fréquente que soit cette convention. C'est ce qui résultait des termes de l'édit de 1556, et c'est aussi ce qui suit de ceux du Code civil. Cette conséquence est confirmée par l'article 1496 ci-dessus.

Lors donc que, dans le contrat de mariage d'une veuve ayant des enfans de son premier mariage, on est convenu d'un préciput, il faut, dans le cas où il s'ouvre au profit du mari, le comprendre pour moitié dans la masse de la donation que la femme a pu lui faire, et si, avec cette addition, elle excède la mesure prescrite, réduire ce préciput jusqu'à due concurrence. La raison est que le préciput est un avantage pour cette moitié.

Par conséquent, si le contrat de mariage où se trouve cette convention de préciput, contient déjà une donation qui égale ce qu'il est permis de donner, ou simplement une donation de part d'enfant, le mari ne peut plus prendre de préciput, puisqu'alors il a tout ce qu'il est permis à la femme de lui donner.

Si c'est un homme veuf qui a épousé une seconde femme, laquelle a survécu, la convention de préciput forme de même au profit de cette seconde femme, un avantage de la moitié de sa valeur si elle accepte ; et de la totalité, si elle a le droit de le prendre, même en renonçant. Dans l'un et l'autre cas, il est réductible.

---

* *Rogron, sur art. 1516 C. N.* } *Aux formalités.* Ainsi, c'est une clause du contrat de mariage, et dès lors il n'est pas nécessaire d'employer les formes des donations; mais au fond c'est une véritable donation : la preuve s'en tire de l'art. 1518, qui en prive celui contre qui la séparation de corps est prononcée.

1403. La mort naturelle donne, de plein droit, ouverture au préciput.

Il n'est ouvert par suite de la mort civile, que lorsque cet effet résulte des termes du contrat de mariage; et s'il n'y est rien stipulé, il demeure en suspens entre les mains des représentants du mort civilement.

1403. Natural death opens the right to preciput by the sole operation of law.

It does not open by civil death, unless this effect result from the terms of the contract of marriage; and if there be no stipulation concerning it, it remains suspended in the hands of the representatives of the person civilly dead.

---

* *C. N.* 1517 *Contrà.* } La mort naturelle ou civile donne ouverture au préciput.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *n°* 443 *et s.* } 443. Le préciput n'étant accordé qu'en cas de survie, ce ne peut être que le prédécès de l'un des conjoints qui donne ouverture au préciput au profit du survivant.

La mort civile de l'un des conjoints doit-elle être regardée comme un prédécès qui donne ouverture au préciput? Par exemple, si un homme, par un arrêt ou autre jugement en dernier ressort, avait été condamné à la peine des galères à

perpétuité ; cette condamnation, qui lui fait perdre son état civil, doit-elle être regardée comme un prédécès qui donne ouverture au préciput de la femme ? et la femme en conséquence peut-elle le prélever au partage qui est à faire des biens de la communauté, entre elle et les seigneurs confiscataires qui succèdent à la part du condamné ? On peut dire pour l'affirmative, qu'une personne, par la mort civile qu'elle a encourue, n'étant plus censée exister par rapport à la société civile, sa mort civile doit être regardée comme un véritable *prédécès*, qui ne l'en a pas moins retranchée que ne l'en aurait retranchée la mort naturelle, et qui doit par conséquent donner ouverture au préciput. Néanmoins, par un célèbre arrêt du 2 juin 1549, le roi Henri II, tenant son lit de justice, il a été jugé que la mort civile ne donnait pas ouverture au préciput, et que la seule mort naturelle y donnait ouverture. La raison est, que la convention de préciput étant une convention que les parties contractantes ont jugé à propos de faire dépendre de l'existence d'une condition, il ne peut pas y avoir ouverture à cette convention, que la chose que les parties ont jugé à propos d'y apposer pour condition, ne soit arrivée. Or, le cas du prédécès de l'un des conjoints, et la survie de l'autre, que les parties ont jugé à propos d'apposer pour condition à la convention du préciput, est le seul cas du prédécès, qui doit arriver par la mort naturelle du premier mourant des conjoints ; c'est le seul cas qu'elles aient prévu ; il n'est pas naturel qu'elles aient prévu, ni même qu'elles aient pu penser au cas de la mort civile qui arriverait à l'une des parties. Le cas apposé pour condition à la convention de préciput, est donc le seul cas de la mort naturelle du premier mourant des conjoints ; ce n'est point celui de la mort civile de l'un d'eux ; et par conséquent il n'y a que celui de la mort naturelle qui puisse faire exister la condition apposée à la convention, et donner ouverture au préciput. On ne peut pas non plus dire que le cas de la mort civile et celui de la mort naturelle soient entièrement semblables ; car le cas de la mort civile laisse quelque espé-

rance de retour à la vie, par la restitution à l'état civil qui peut être accordée par le prince : il n'y a que la mort naturelle qui soit sans espérance de retour à la vie.

Ne pourrait-on pas opposer à cet arrêt l'article 24 de l'ordonnance des substitutions, qui porte que, dans tous les cas où la condamnation pour crime emporte mort civile, elle donnera ouverture au fidéicommis ? La réponse est, qu'on ne peut pas argumenter des fidéicommis à la convention de préciput ; les fidéicommis qui sont faits en l'absence de la personne au profit de qui la disposition est faite, étant susceptibles d'une interprétation beaucoup plus étendue que ne le sont les conventions entre-vifs.

La disposition de l'ordonnance des substitutions n'est donc pas seule suffisante pour établir qu'on s'est écarté de la jurisprudence établie par l'arrêt de 1549 : mais j'ai appris que la Cour s'en était formellement écartée, en jugeant, dans l'espèce d'un homme qui était sorti du royaume pour cause de religion, que la mort civile qu'il avait encourue par sa sortie hors du royaume, avait donné ouverture au préciput au profit de sa femme.

Le magistrat qui m'a fait part de cet arrêt, et qui avait été un des juges, m'a aussi appris qu'on avait jugé par cet arrêt, que la femme étant sortie avec son mari, le mari devait être censé sorti le premier, et la femme n'avoir fait autre chose que de le suivre ; qu'en conséquence le préciput lui avait été acquis par la mort civile de son mari, pendant un instant de raison, et qu'elle l'avait transmis avec ses biens à ses héritiers, par la mort civile qu'elle avait encourue elle-même par sa sortie du royaume. Le magistrat n'approuvait pas l'arrêt en ce point ; la femme n'ayant pu transmettre à ses héritiers un droit qu'elle n'a jamais pu elle-même exercer, et qui n'a pu lui être acquis dans le temps auquel son mari est sorti, puisque dans le même temps elle sortait elle-même avec lui.

444. Lorsque les deux conjoints qui, par leur contrat de mariage, étaient convenus d'un préciput, sont depuis morts par un même accident, *putà*, dans un naufrage ou dans un

incendie, sans qu'on puisse prouver lequel a survécu à l'autre, il n'y aura point de préciput au partage qui est à faire entre les héritiers de l'un desdits conjoints, et ceux de l'autre ; car ni les uns ni les autres ne peuvent justifier que c'est celui des conjoints auquel ils ont succédé, qui a survécu, et au profit de qui il y ait ouverture au préciput: et par conséquent ni les uns ni les autres ne peuvent demander le préciput, parce que ni les uns ni les autres ne sont en état de fonder la demande qu'ils en feraient. V. *in Pand. Justin.* (Pothier), tit. *de Rebus dubiis*, n° 4.

445. Lorsque la dissolution de communauté est arrivée du vivant des deux conjoints, *putà*, par une séparation, le partage se fait sans préciput, auquel il n'y a pas encore ouverture; mais il se fait à la charge que, lorsqu'il y aura ouverture par le prédécès de l'un d'eux, la succession du prédécédé fera raison de ce préciput au survivant. C'est pourquoi, si le préciput porté au contrat de mariage est, par exemple, d'une somme de 4,000 livres, la succession du prédécédé devra au survivant, sur la part que le prédécédé a eue au partage de la communauté, la somme de 2,000 livres.

Lorsque le préciput est en espèces, il faut faire une estimation des choses sujettes au préciput de chacun des conjoints, qui se sont trouvées parmi les biens de la communauté lors de la dissolution, afin de fixer la somme que la succession du prédécédé devra au survivant, lorsqu'il y aura ouverture au préciput par le prédécès de l'un des conjoints.

En attendant, chacun des conjoints prendra, sur le pied de l'estimation, les choses sujettes à son préciput, non en les prélevant par forme de préciput, auquel il n'y a pas encore ouverture, mais en les précomptant sur sa part ; à la charge que, lorsqu'il y aura ouverture au préciput par le prédécès de l'un des conjoints, la succession du prédécédé devra au survivant, sur la part que le prédécédé a eue au partage, la moitié de l'estimation du préciput du survivant.

446. Suivant la jurisprudence de l'arrêt de 1549, lorsque l'un des conjoints ayant été condamné à une peine capitale,

le partage des biens de la communauté s'est fait entre le fisc et l'autre conjoint; si le condamné vient par la suite à prédécéder, le fisc doit de la même manière faire raison au survivant de son préciput.

Mais, si c'est le condamné qui survit, le fisc ne peut pas prétendre, comme étant à ses droits, le préciput convenu par le contrat de mariage; car le fisc n'a pu succéder au condamné à ce préciput, qui n'était pas ouvert lors de sa condamnation, et il n'a pu, par le prédécès de l'autre conjoint, être ouvert au profit de ce condamné, qui n'existait plus dans la société civile.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 36, § 8; *Pothier*, *Comm.*, cité sur art. 1400.

---

* 3 *Maleville*, *sur art.* 1517 *C. N.* } *Ou civile;* contraire à un arrêt célèbre du 2 juin 1549, rendu en présence de Henri II, tenant son lit de justice.

---

* 12 *Pand. frs.*, *sur art.* 1517 *C. N.* } 387. Le Code civil décide ici une question qui a été longtemps controversée. Beaucoup d'auteurs très-graves ont soutenu que la mort civile ne donnait point ouverture au préciput. Ils se fondaient sur ce que la mort naturelle de l'un des conjoints avant l'autre est le seul cas que les parties ont prévu; qu'on ne peut pas même supposer qu'elles aient pensé à celui de la mort civile: et enfin, sur ce que la mort naturelle et la mort civile n'opèrent pas les mêmes effets, même en Droit, puisque ceux de la mort civile peuvent être détruits. Ce système a été couronné par un arrêt célèbre prononcé au Parlement de Paris, le Roi Henri II y tenant son lit de justice, le 2 juin 1549.

D'autres soutenaient l'opinion contraire. Ils disaient que la mort civile a véritablement les effets de la mort naturelle

quant à la société, puisqu'elle en retranche la personne qui l'a encourue aussi parfaitement que la mort naturelle. Ils opposaient, à l'arrêt de 1549, l'article 24 de l'ordonnance des Substitutions, qui porte que dans tous les cas où la condamnation pour crime emporte mort civile, elle donnera ouverture au fidéicommis comme la mort naturelle.

M. Pothier, en réfutant cette objection, convient que ce second avis a été adopté par un arrêt du Parlement de Paris, dont il ne donne pas la date, mais qui lui a été communiqué, dit-il, par un des magistrats qui y avaient coopéré. Elle est maintenant consacrée définitivement, et elle est conforme aux principes adoptés relativement aux effets de la mort civile.

Nous devons remarquer, à l'égard du dernier arrêt cité par M. Pothier, qu'il a été rendu à l'occasion d'une mort civile encourue par la sortie du royaume pour cause de religion.

Il ne faudrait pas l'appliquer au cas où un Français quitterait le territoire de l'empire pour s'établir en pays étranger. Le Code civil prononce bien contre lui la déchéance des droits de cité, mais il ne lui inflige point la mort civile. Il n'y aurait point en ce cas ouverture au préciput. Le mariage n'est même point dissous.

Lorsque les deux époux périssent ensemble par un accident, sans qu'il soit possible de distinguer lequel a survécu à l'autre, il n'y a point de préciput. On n'admet point dans cette circonstance les présomptions que l'on reçoit en matière de succession. La raison est qu'il est nécessaire que la propriété des biens se transmette, au lieu qu'il n'est pas également indispensable que le préciput s'exerce.

1404. Lorsque la communauté est dissoute du vivant des époux par suite de la séparation soit de corps et de biens, soit de

1404. When the community is dissolved during the lifetime of the consorts in consequence of separation from bed and board

biens seulement, cette dissolution, à moins de stipulation contraire, ne donne ouverture au préciput ni en faveur de l'un ni en faveur de l'autre des époux. Le droit demeure en suspens jusqu'à la mort du prédécédant.

Dans l'intervalle la somme ou la chose qui constitue le préciput reste provisoirement au mari, contre la succession duquel la femme peut le réclamer au cas de survie.

or of separation of property only, such dissolution does not, unless the contrary be stipulated, open the right to preciput in favor of either of the consorts The right remains suspended until the death of the consort who dies first.

In the interval, the sum or the thing which constitutes the preciput remains provisionally with the husband, from whose succession the wife may claim it, if she have survived him.

---

* *C. N.* 1518. } Lorsque la dissolution de la communauté s'opère par le divorce ou par la séparation de corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput; mais l'époux qui a obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve ses droits au préciput en cas de survie. Si c'est la femme, la somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari, à la charge de donner caution.

Voy. *Pothier*, *Comm.*, cité sur arts. 1322 et 1403, et *Delvincourt*, cité sur art. 1401.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1518 *C. N.* } 388. La rédaction de cet article, qui change l'ancien Droit en imposant au mari la nécessité de fournir une caution qu'on n'exigeait point autrefois, donne lieu à plus d'une difficulté.

[ARTICLE 1404.]

Avant de les aborder, il faut remarquer que le Code civil ne parle point ici du cas de la dissolution de la communauté par la séparation de biens. A la vérité, il est rare que la femme qui se fait séparer de biens accepte la communauté. Mais enfin cela peut arriver. Elle peut même avoir intérêt de le faire pour prendre, à titre de préciput, ce qui restera après les dettes payées. Alors il faut se conduire suivant qu'il est prescrit par cet article.

Nous ne parlons point du cas où la femme a le droit de prendre son préciput, même en renonçant, parce que, dans cette circonstance, il fait partie des créances qu'elle a à exercer contre son mari. Mais cette créance est toujours éventuelle. Elle ne peut être acquise à la femme qu'en cas de survie.

Lorsque la dissolution du mariage est arrivée par un divorce prononcé pour causes déterminées, ou par une séparation de corps qui ne peut pas l'être autrement, celui des époux qui a donné lieu au divorce ou à la séparation perd tous les avantages à lui faits par le contrat de mariage, par conséquent il perd le préciput. C'est pour cela que le Code civil n'appelle ici que l'époux qui a obtenu le divorce.

Cela n'a pas lieu lorsque le divorce s'est opéré par consentement mutuel. Les deux conjoints conservent leurs avantages, et par suite le droit au préciput, le cas arrivant.

Autrefois on faisait le partage sans préciput, surtout lorsqu'il consistait dans une somme d'argent, et le survivant était créancier de la succession du prédécédé de la moitié de cette somme. Que s'il consistait en effets, comme il ne doit pas être au pouvoir de l'un ni de l'autre de préjudicier à ce droit qui doit se prendre sur la communauté dans l'état où elle est lors de sa dissolution, on faisait une estimation des choses sujettes au préciput de chaque conjoint, afin de fixer la somme que la succession du prédécédé devrait au survivant lorsqu'il y aurait ouverture à ce droit. En attendant, chacun d'eux prenait, sur le pied de l'estimation, les choses sujettes à son préciput, en les précomptant sur sa part, à la

charge par sa succession, dans le cas où il mourrait le premier, d'en tenir compte au survivant.

389. Comment faudra-t-il se conduire maintenant?

Notre article porte: *si c'est la femme;* c'est-à-dire, si c'est elle qui conserve le droit au préciput, la somme ou la chose qui le constitue reste provisoirement au mari, à la charge de donner caution.

Mais si c'est l'un et l'autre époux, comme dans le cas du divorce par consentement mutuel, ou dans celui de la séparation de biens lorsqu'il y a acceptation de la part de la femme, qu'arrivera-t-il? ce sera sans contredit la même chose.

La somme ou la chose qui constituera le préciput, restera provisoirement au mari. Suit-il de là qu'il faudra donner au mari le préciput entier? lui faire prélever sur la communauté la somme adjugée à la femme pour son douaire, ou prendre les effets dans lesquels il consistera?

C'est ce qui résulte naturellement des termes dans lesquels notre article s'explique. C'est le sens que présentent ses expressions. Cependant il faut répondre, sans balancer, que non. Le véritable sens de la disposition, est que le mari ne sera point obligé de payer le préciput. Il laisse en conséquence les choses absolument dans les mêmes termes qu'elles étaient autrefois à cet égard, et il faut opérer de la même manière.

Reste la caution demandée. Quand le mari n'en trouvera pas, ce qui est très-possible, et ce qui arrivera même souvent, que faudra-t-il faire? La question est embarrassante; car le défaut de caution ne peut pas autoriser à délivrer le préciput à la femme. Cette circonstance ne peut pas rendre exigible un droit qui n'est point ouvert. Cependant il faut exécuter la loi qui ne permet au mari de conserver le préciput qu'en donnant caution. On pourrait ordonner le dépôt de l'objet affecté au préciput; mais le mari a le droit d'en jouir jusqu'à son ouverture. Si c'est une somme d'argent, il doit profiter des intérêts. Si c'est un effet en nature, il en a au moins l'usage. Lorsque le mari a des biens-fonds, il semble que la

femme devrait se contenter de son hypothèque, car il lui suffit que son droit soit assuré d'une manière quelconque. Si le mari n'a pas de biens susceptibles d'hypothèque, nous ne voyons, pour concilier le précepte de la loi avec l'équité, d'autre moyen que d'ordonner le versement de la somme à laquelle est fixé le préciput, ou celle de l'estimation des effets qui le constituent, à la caisse d'amortissement, qui en paiera les intérêts au mari.

Si c'est celui-ci qui a droit au préciput, il faut encore opérer de la même manière pour le partage de la communauté. Mais la femme ne sera point assujettie à donner caution. La loi ne l'exige point d'elle. Le mari conserve seulement contre sa succession une créance qui se réalisera si elle prédécède. Il avait autrefois pour cette créance une hypothèque sur les biens de la femme, à compter du jour de l'acte de partage de la communauté. Maintenant que l'hypothèque tacite n'a plus lieu, et que le Code civil ne l'accorde qu'à la femme, le mari ne peut l'avoir que quand il la stipule.

---

* *Rogron, sur art. 1518 C. N.* } *Séparation de corps.* — QUESTION. *En est-il différemment en cas de séparation de biens?* Il n'y a qu'une différence, c'est que le *défendeur* en séparation, comme le *demandeur*, conserve ses droits au préciput; il n'y a pas, dans ce cas, à infliger au défendeur la punition que la loi prononce en cas de séparation de corps (art. 299), car il n'y a ici aucun scandale qu'on puisse lui imputer.—Remarquez que si la femme accepte la communauté, le mari ne sera tenu de donner caution que pour la *moitié* du préciput; car, comme c'est un prélèvement sur la communauté, la femme a l'autre moitié en sa possession au moyen du partage qui s'est opéré. *Voyez* sur la différence qui existe entre le *préciput* et la *donation* que se font les époux, les arrêts cités sous l'article 959 et notamment un arrêt de la cour de cassation du 30 mai 1836, ch. civ. (Dall., ann. 1836, I, 377).

---

* 24 *Merlin, Répert. V. Préciput Conventionnel*, § 1, *nº* 1 } *Préciput Conventionnel.* On appelle ainsi le droit qu'a le survivant des époux, en vertu d'une clause très-fréquente dans les contrats de mariage, de prélever une certaine portion des meubles de la communauté, avant qu'elle soit partagée.

La clause du Préciput conventionnel est ordinairement conçue de la manière suivante, dans les contrats de mariage : *Le survivant des futurs époux*, ou bien *le futur époux*, *en cas de survie*, *et pareillement la future épouse*, *dans le même cas*, *prendra par Préciput* tels et tels objets. On conclud de là, avec raison, qu'il n'y a que le prédécès de l'un des époux qui donne ouverture au Préciput au profit de l'autre.

Ainsi, lorsque la communauté a été dissoute du vivant des deux époux, en vertu d'un jugement de séparation de corps ou de biens, si la femme accepte la communauté, le partage doit se faire sans Préciput, mais à la charge que, lorsque le prédécès de l'un d'eux donnera ouverture au Préciput, la succession du prédécédé fera raison de ce Préciput au survivant.

Il est évident que, dans ce cas, le droit dont la succession du prédécédé est grevée au profit du survivant, n'est que de la moitié du Préciput, parceque le survivant en a confondu en lui-même l'autre moitié lors du partage.

Il n'y a pas de difficulté à cela, lorsque le Préciput est d'une somme d'argent. Mais lorsqu'il consiste en effets, comme il ne doit pas être au pouvoir de l'un des époux de préjudicier à ce droit, qui doit se prendre sur la communauté dans l'état où elle est au temps de sa dissolution, il faut faire une estimation des choses sujettes au Préciput de chaque époux qui se sont trouvées dans la communauté lors de sa dissolution, afin de fixer la somme que la succession du prédécédé devra au survivant, lorsqu'il y aura ouverture au Préciput par le prédécès de l'un des époux. En attendant, chacun d'eux prendra sur le pied de l'estimation, les choses sujettes à son Préciput, en les précomptant sur sa part, à la

charge d'en faire tenir compte au survivant par sa succession, en cas qu'il y donne ouverture par son prédécès. C'est le tempérament proposé par Pothier, *Traité de la communauté*, n° 445.

[[L'art. 1518 du Code civil consacre expressément cette doctrine : " Lorsque la dissolution de la communauté s'opère " par le divorce ou par la séparation de corps, il n'y a pas lieu " à la délivrance actuelle du Préciput ; mais l'époux qui a " obtenu, soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve " ses droits au Préciput en cas de survie. Si c'est la femme, " la somme ou la chose qui constitue le Préciput, reste " toujours provisoirement au mari, à la charge de donner " caution ".

Mais la disposition de cet article est-elle applicable au cas où les époux, par leur contrat de mariage, ont stipulé que le Préciput aurait lieu *dans tous les cas de dissolution de communauté ?* Une pareille stipulation est-elle valable, en tant qu'elle autorise la femme à demander son Préciput, en cas de séparation de biens ?

Ces questions se sont présentées dans l'espèce suivante.

Le 30 prairial an 13, le sieur et la dame Dhaveluy conviennent, par leur contrat de mariage, qu'il y aura entre eux communauté de meubles et de conquêts, que le *survivant* des époux aura droit à un Préciput qu'ils déterminent, et que ce Préciput *aura lieu en faveur de la future épouse*, *dans tous les cas de dissolution de la communauté*, *soit qu'elle l'accepte*, *soit qu'elle y renonce.*

Peu de temps après, la dame Dhaveluy obtient un jugement qui la sépare de biens d'avec son mari.

En vertu de ce jugement, elle demande la délivrance de son Préciput. Le mari répond que le Préciput est un gain de survie, et qu'il ne peut y avoir ouverture à un pareil droit que par le décès de l'un des époux.

La dame Dhaveluy reconnaît ce principe, mais elle se

retranche dans l'exception qui résulte de son contrat de mariage.

Le tribunal de première instance d'Amiens prononce en faveur de la dame Dhaveluy, " Attendu que les clauses des " contrats de mariage doivent être exécutées, lorsqu'elles ne " sont contraires ni aux lois ni aux mœurs ; et que la clause " du contrat de mariage des parties, sur laquelle est fondée " la demande de la dame Dhaveluy, est de cette catégorie ".

Sur l'appel, arrêt de la cour d'Amiens, qui confirme ce jugement.

Le sieur Dhaveluy se pourvoit en cassation, et soutient 1° que la clause dont il s'agit, ne peut pas être entendue dans le sens que lui ont prêté les juges de première instance et d'appel ; 2° qu'entendue dans ce sens, cette clause serait contraire aux bonnes mœurs, et qu'elle est notamment proscrite par l'art. 1452 du Code civil, suivant lequel " la dissolution " de communauté, opérée par le divorce ou par la séparation, " soit de corps et de biens, soit de biens seulement, ne donne " pas ouverture aux droits de survie de la femme ; mais celle-" ci conserve la faculté de les exercer lors de la mort natu-" relle ou civile de son mari ".

Par arrêt du 26 janvier 1808, au rapport de M. Liger-Verdigny,

" Attendu que le contrat de mariage énonçant que le Préciput stipulé au profit de la femme Dhaveluy, aurait lieu *dans tous les cas de dissolution de communauté*, la cour d'appel a pu, sans violer aucune loi, autoriser la femme Dhaveluy à prélever son Préciput ; que cette interprétation donnée à la clause du contrat n'est point réprouvée par l'art. 1452 du Code civil, dont la disposition n'est ni limitative ni restrictive ;

" La cour rejette le pourvoi... ".]]

1405. Les créanciers de la communauté ont toujours le droit de faire vendre les effets compris dans le préciput, sauf le recours de l'époux conformément à l'article 1401.

1405. The creditors of the community have always a right to cause the effects comprised in the preciput to be sold; saving the recourse of the consort, conformably to article 1401.

---

* *C. N.* 1519. } Les créanciers de la communauté ont toujours le droit de faire vendre les effets compris dans le préciput, sauf le recours de l'époux, conformément à l'article 1515.

Voy. *Pand. frs.*, citées sur art. 1401.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1519 *C. N.* } 390. Le sens de cet article est expliqué par ce que nous avons dit ci-dessus, n° 385. Quoique le préciput consiste dans certains effets que le survivant peut prendre en nature, les créanciers ont toujours le droit de les faire vendre, s'il n'y a pas d'ailleurs de quoi les payer.

Il en est de même dans le cas où la communauté s'est dissoute du vivant des deux époux, en sorte que le préciput n'est point encore ouvert. Les créanciers peuvent faire vendre les effets dans lesquels il consiste, quel que soit celui des deux conjoints qui en est en possession. Celui qui a droit au préciput reste créancier de l'autre du montant de leur valeur. La raison de cette règle, est que le préciput ne peut se prendre qu'après le paiement de toutes les dettes et charges de la communauté.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1519 *C. N.* } C'est-à-dire, que si le préciput a été convenu, même en cas de renonciation, celui

[ARTICLE 1406.]

auquel il a été promis, pourra avoir son recours sur les biens personnels de l'autre.

---

* 3 *Delvincourt*, *p.* 49. } La clause de préciput n'ôte pas aux créanciers de la communauté, le droit de faire vendre les objets qui y sont compris (1), sauf le recours de l'époux survivant sur les autres biens de la communauté, et même sur les biens personnels du conjoint prédécédé, si le préciput a été stipulé au profit de la femme, et pour le cas de renonciation.

(1) *Dans aucun cas ;* pourvu toutefois que la clause ne soit pas conçue en termes facultatifs ; car s'il était dit, par exemple : *le survivant pourra prendre toute la communauté, en payant telle somme,* il est évident que ce serait une faculté accordée au survivant, soit le mari, soit la femme. qui pourrait, en conséquence, en user, ou n'en pas user à sa volonté.

---

§ 6. *Des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté.*

1406. Les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers, dans la communauté, qu'une part moindre que la moitié ; soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout droit de communauté ; soit en stipulant que la communauté entière, en certain cas, appartiendra à l'époux survivant, ou à l'un d'eux seulement.

§ 6. *Of the clauses by which unequal shares in the community are assigned to the consorts.*

1406. The consorts may depart from the equal division established by law, either by giving to the surviving consort or his heirs, only a share in the community less than half, or by giving him only a fixed sum in lieu of all rights in the community, or by stipulating that the entire community, in certain cases, shall belong to the surviving consort, or to one of the consorts solely.

* *C. N.* 1520. } Les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers, dans la communauté, qu'une part moindre que la moitié, soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout droit de communauté, soit en stipulant que la communauté entière, en certains cas, appartiendra à l'époux survivant, ou à l'un d'eux seulement.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *n*os 449, 450, 460. } 449. Quoique, suivant nos coutumes, les conjoints par mariage soient communs chacun pour moitié, et que, lors de la dissolution de la communauté, les conjoints ou leurs héritiers les partagent par portions égales, et non par portions proportionnées à ce que chacun d'eux y a apporté ; néanmoins on peut valablement convenir par le contrat de mariage, qu'ils y auront des parts inégales ; par exemple, que *la femme sera commune pour un tiers* ou *pour un quart*, et qu'en conséquence, au partage de la communauté, l'homme aura les deux tiers ou les trois quarts.

On peut pareillement convenir " qu'arrivant la dissolution de la communauté par le prédécès de l'un des conjoints, les héritiers du prédécédé n'auront que le tiers ou le quart, ou quelque portion moindre, et que le survivant aura le surplus."

Dans le cas de ces conventions, chacun doit supporter la même part dans les dettes de la communauté, que celle qui lui est assignée dans le partage de l'actif. On ne pourrait pas valablement convenir que l'un des conjoints aurait une certaine part dans l'actif de la communauté, et qu'il supporterait une part différente dans le passif, ou plus grande, ou moindre; parce que par ces conventions on pourrait éluder les lois, qui ne permettent pas que l'un des conjoints par mariage puisse, pendant le mariage, ou s'avantager aux dépens de l'autre, ou avantager l'autre à ses dépens.

Par exemple, s'il était dit par le contrat de mariage, " que la femme n'aurait que le tiers dans l'actif de la communauté,

et qu'elle supporterait néanmoins la moitié des dettes," il est évident qu'une telle convention, si elle pouvait être valable, donnerait le pouvoir au mari de s'avantager aux dépens de sa femme, en faisant des acquisitions dont il devrait le prix; car il ferait payer à sa femme la moitié du prix de ces acquêts, dont elle n'aurait que le tiers, et dont il aurait les deux tiers.

Vice versâ, s'il était dit par le contrat de mariage, "que la femme n'aurait que le tiers dans la communauté, mais qu'elle l'aurait franc de dettes," ou "qu'elle supporterait seulement un sixième dans les dettes" il est visible qu'une telle convention, si elle pouvait être valable, mettrait le mari en état d'avantager à ses dépens sa femme, en faisant des acquisitions dont il devrait le prix; car la femme aurait le tiers de ces acquisitions, et le prix de ce tiers que la femme y aurait, serait payé par le mari, à la décharge de la femme, ou en total, ou en partie. Ces conventions doivent donc être déclarées nulles; et sans y avoir égard, les conjoints ou héritiers doivent partager la communauté également, tant en actif que passif.

Dans le cas de la seconde espèce que nous venons de proposer, les héritiers du mari seraient-ils fondés à prétendre qu'on ne doit déclarer nulle la convention que pour la seconde partie, par laquelle il a été convenu que la femme aurait sa part franche de dettes, ou qu'elle en supporterait une moindre part que celle qu'elle a dans l'actif; et qu'on doit laisser subsister la première partie de la convention, qui restreint au tiers la portion de la femme?

On peut dire pour raison de douter, en faveur de cette prétention des héritiers du mari, que ce n'est que sur la seconde partie que tombe l'injustice de la convention. C'est cette seconde partie qui donne au mari le moyen d'avantager sa femme à ses dépens : on ne doit donc déclarer nulle que la seconde partie. — Néanmoins on doit décider que la convention doit être déclarée nulle dans sa totalité, et que le partage de la communauté doit se faire par portions égales, tant en

actif que passif, comme s'il n'y avait eu aucune convention. La raison de décider est, que la première partie de la convention est inséparable de la seconde; la femme n'ayant consenti, par la première partie de la convention, à la réduction de sa part de la communauté au tiers, que parce que par la seconde partie on la lui accordait franche de dettes, ou qu'on la chargeait seulement de la sixième partie des dettes. La seconde partie de la convention est une condition de la première : la nullité de la seconde partie de la convention doit donc entraîner la nullité de la première, et la convention doit être déclarée nulle dans sa totalité.

450. On convient quelquefois par un contrat de mariage, " que les héritiers de la femme auront pour droit de communauté *une certaine somme.*"

Si, dans le cas de cette convention, il n'y avait pas dans les biens de la communauté, lors de sa dissolution, de quoi payer cette somme, le mari serait-il fondé à prétendre que la clause n'a été mise qu'en sa faveur ; que chacun pouvant renoncer à ce qui a été stipulé en sa faveur, il peut renoncer à cette convention, et se décharger de la somme y portée, aux offres d'admettre les héritiers de la femme à partager à l'ordinaire la communauté ?—Cette prétention n'est pas fondée. La convention ne contient pas une simple faculté qui soit donnée au mari de retenir tous les biens de la communauté en donnant la somme convenue ; elle est une cession que la femme fait à son mari, au cas qu'il lui survive, de la part incertaine qu'elle aurait pu avoir dans les biens de la communauté lors de sa dissolution. La somme convenue pour le prix de la cession, est donc due aux héritiers de la femme, en quelque état que se trouve la communauté lors de sa dissolution. Si elle se fût trouvée opulente, le mari en aurait eu le bénéfice ; lorsqu'elle est mauvaise, il en doit supporter la perte : *Æquum est ut quem sequuntur commoda, eum sequantur incommoda.* (C'est ce qui a été jugé par arrêts des 15 avril 1608 et 19 février 1646, rapportés par Brodeau sur Louet, lettre M, sommaire 4, nº 4.) Le prix de cession leur est dû,

quand même il ne resterait aucuns biens de la communauté lors de sa dissolution ; car la cession d'un droit de communauté, de même que celle d'un droit successif, est une espèce de contrat aléatoire, semblable à la vente qu'un pêcheur fait de son coup de filet. De même que la vente du coup de filet n'a pas pour objet quelque chose de réel et de physique, mais un être moral, qui est l'espérance des poissons qui pourront être pris; et qu'en conséquence le prix du coup de filet soit dû, quoiqu'il n'ait été pris aucun poisson par le coup de filet, l'acheteur ayant eu l'espérance de ceux qui pouvaient être pris, qui est la seule chose qui lui ait été vendue; de même la cession que la femme, en cas de dissolution de communauté par son prédécès, fait à son mari de sa part dans les biens de la communauté, n'a pour objet que l'espérance de ceux qui pourront se trouver. C'est pourquoi le prix de la cession est dû, quoiqu'il ne se soit trouvé aucuns biens de la communauté lors de la dissolution : il suffit qu'il ait pu s'en trouver, l'espérance de ceux qui pourraient se trouver, étant la seule chose qui ait été l'objet de la cession. C'est l'avis de d'Argentré sur l'article 418 de l'ancienne coutume de Bretagne, gloss. 4, sur la fin, où il dit : *Si maritus sponsæ ducenta pepigisset pro suâ parte conquæstuum, etiamsi secuto matrimonio nulli acquæstus fierent, tamen non minus ducenta deberentur, veluti incerto eventûs redempto.* Sa décision est dans l'espèce où c'est la femme elle-même qui a été restreinte à une certaine somme pour son droit de communauté; mais il y a même raison de le décider dans l'espèce où ce ne sont que les héritiers de la femme qui y sont restreints.

451. Si, après la clause " que les héritiers de la femme auraient pour tout droit de communauté une *telle somme*," on avait ajouté cette restriction, *si tant s'en trouve :* car en ce cas la somme portée par la convention ne serait due que jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouverait de biens dans la communauté ; et s'il n'en restait aucuns, il ne serait rien dû. Cela est encore conforme au sentiment de d'Argentré, qui, après ce que nous avons rapporté ci-dessus, ajoute de suite,

nisi quidem conditionaliter concepta esset stipulatio, veluti sub verbis, " si quos fieri contigeret."

452. Il faudrait aussi décider autrement si la clause était conçue en ces termes : *Il sera loisible au futur survivant de retenir tous les biens de la communauté, en donnant aux héritiers de la femme une telle somme.* Ces termes, *il sera loisible*, expriment une faculté et un choix qui est accordé à l'homme, ou de retenir tous les biens de la communauté, en donnant la somme aux héritiers de la femme, ou de les admettre à la partager à l'ordinaire.

460. Il y a une troisième espèce de convention, par laquelle on convient " que les héritiers du prédécédé n'auront pour tout droit de communauté qu'une *telle somme ;*" ce qui comprend aussi bien les héritiers du mari, si c'est lui qui prédécède, que ceux de la femme, lorsque c'est elle qui prédécède.

Observez une grande différence qui se rencontre dans cette espèce et dans les précédentes. Dans la première espèce, quelque mauvaise que soit la communauté lors de sa dissolution, le mari ne peut se dispenser de payer aux héritiers de la femme la somme convenue, franche et quitte des dettes de la communauté ; le mari demeure seul chargé de ces dettes. Les héritiers du mari contractent la même obligation dans la seconde espèce. Au contraire, dans cette troisième espèce, la femme survivante peut bien, suivant la convention du contrat, retenir tous les biens de la communauté, lorsqu'elle la trouve avantageuse, en donnant aux héritiers du mari la somme portée par la convention ; mais cette convention ne prive pas la femme du droit de renoncer à la communauté, lorsqu'elle la trouve mauvaise, et de laisser, par sa renonciation, aux héritiers du mari les biens de la communauté avec toutes les charges. La raison de différence est, que le mari ne pouvant renoncer à la communauté, dont il est le chef, ses héritiers, qui succèdent à toutes ses obligations, ne le peuvent pas non plus. Au contraire, la femme a tellement le droit de renoncer à la communauté, qu'elle ne peut même en être privée par quelque convention que ce soit : comme il

ne doit pas être au pouvoir du mari d'engager les propres de sa femme sans son consentement, en contractant des dettes durant la communauté, il doit toujours être au pouvoir de la femme de renoncer à la communauté pour s'en décharger.

Dans l'espèce de cette convention, lorsque la femme survivante juge à propos de renoncer à la communauté, la convention demeure sans effet : les héritiers du mari ayant, par la renonciation de la femme, tout le droit de la communauté en total, ne peuvent demander à la femme survivante la somme portée par la convention, qui ne leur est accordée qu'à la place et pour leur tenir lieu du droit qu'ils peuvent prétendre à la communauté.

---

* 1 *Pothier*, (*Bugnet*), *Int. tit.* 10, *Cout. d'Orléans*, *n*os 80 *à* 83. } 80. On convient quelquefois, par le contrat de mariage, que la femme ou ses héritiers n'auront pour tout droit de communauté qu'une certaine somme.—Cette convention renferme une espèce de vente et d'abandon à forfait que fait la femme à son mari, de la part qu'elle aurait pu avoir dans la communauté. Comme il est pour lors incertain si la communauté sera avantageuse ou onéreuse, cette vente est un contrat aléatoire, semblable à la vente d'un coup de filet : c'est pourquoi le mari ne laisserait pas de devoir cette somme, quoiqu'il ne restât aucuns biens dans la communauté. Cela a lieu, quand même il serait dit que la femme prendrait cette somme sur les biens de la communauté : car ce terme, *sur*, n'est pas limitatif, mais seulement démonstratif ; Lebrun, liv. 1, ch. 3, nº 42 et suiv.

81. La femme, au moyen de cette somme, ne devant rien avoir des biens de la communauté, on doit lui faire déduction sur cette somme de tout ce qu'elle en a tiré, pendant qu'elle durait, pour ses affaires ; même de la moitié des dots qui en ont été tirées lorsqu'elle a doté ses enfants conjointement avec son mari : *secùs*, si elle n'avait pas été partie dans la dotation, car ne dote qui ne veut.

82. La femme doit avoir cette somme franche de dettes: elle n'en est pas même tenue vis-à-vis des créanciers, comme elle le serait si elle avait vendu à forfait sa part de communauté à un tiers : car elle n'aurait pu la transmettre à ce tiers qu'en se portant commune ; au lieu que, par le forfait qu'elle fait avec son mari, elle renonce plutôt au droit d'acquérir une part en la communauté, qu'elle ne la lui transmet.—La femme devant avoir cette somme franche de dettes, elle ne doit faire aucune confusion de toutes ses reprises de propres, remplois, et autres choses qui lui sont dues par la communauté, qui doivent lui être payées en total par le mari, outre la somme stipulée pour son droit de communauté.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1520. } Les conventions rappelées dans cet article sont conformes aux règles ordinaires des sociétés. *Voyez* les observations sur les arts. 1853, 1854 et 1855.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1520 *C. N.* } 391. Le Code civil énonce dans cet article différentes conventions par lesquelles les parties peuvent déroger au partage égal de la communauté. Observez qu'il n'est toujours qu'énonciatif et non restrictif. Ces clauses ne sont pas les seules que l'on puisse faire. Rien n'empêche d'user de toutes celles qui ne sont contraires ni aux bonnes mœurs, ni aux dispositions prohibitives de la loi. Nous en avons vu de toutes les espèces. Il vient de nous passer sous les yeux un contrat de mariage dans lequel il est dit que la femme survivante aura les trois quarts de la communauté s'il n'y a pas d'enfans, et le quart seulement s'il y en a. Elle est décédée avant son mari, laissant du mariage deux enfants qui acceptent sa succession et la communauté. On demande quelle doit être leur part?

Nous pensons que c'est la moitié. Les parties n'ont prévu que la survie de la femme. Ce n'est que dans ce cas qu'elles ont réglé le partage de la communauté d'une manière

inégale. Elles ont attribué à la femme une part plus forte vis-à-vis des héritiers ascendans ou collatéraux du mari, que vis-à-vis de ses enfants.

Mais elles n'ont rien stipulé pour le cas du prédécès de la femme. Elles ont donc abandonné les choses, dans ce cas, à la règle commune. Par conséquent le partage doit se faire suivant cette règle, c'est-à-dire pour moitié.

Inutilement dirait-on que les enfans ne viennent au partage de la communauté que comme héritiers de leur mère, et qu'ils ne peuvent exercer que ses droits. La réponse est que le droit de la femme à la communauté s'est déterminé au moment où elle est morte la première, à la moitié, puisqu'elle ne doit en avoir un plus fort ou moindre que sous la condition de survivre ; et que cette condition n'est point arrivée.

Si elle avait survécu au mari sans qu'il y eût d'enfans du mariage, et qu'elle fût ensuite décédée avant d'avoir accepté, ses héritiers auraient droit aux trois quarts contre ceux du mari.

---

* 3 *Delvincourt*, p. 49-50. } De droit commun, comme nous l'avons vu, le partage de la communauté, après sa dissolution, se fait par moitié entre les conjoints ou leurs héritiers, sans aucun égard à ce que chacun d'eux y a apporté ; mais cette égalité dans le partage n'étant pas d'ordre public, les époux peuvent y déroger par leur contrat de mariage, et cela de trois manières :

1° En assignant à l'un d'eux une part moindre que la moitié ;

2° En stipulant que l'un d'eux, ou le survivant, ou les héritiers du premier mourant, seront obligés de se contenter d'une somme fixe, pour tout droit de communauté. C'est cette clause que l'on nomme *forfait de communauté ;*

3° Enfin, en stipulant que la communauté entière appartiendra à l'un des deux époux, ou à celui des deux qui survivra.

[ARTICLE 1406.]

Lorsqu'il a été assigné à l'un des époux, ou à ses héritiers, une part moindre que la moitié, cette stipulation l'assujettit à payer une part proportionnée dans les dettes. Il ne peut s'obliger à en payer une plus forte, comme il ne peut stipuler qu'il en paiera une moindre. Toute convention contraire seroit nulle (1).

(1) *Toute convention contraire seroit nulle;* parce qu'autrement il dépendrait des époux de s'avantager l'un aux dépens de l'autre. Si la femme avait le tiers de la communauté, et était chargée de la moitié des dettes, le mari acheterait beaucoup d'immeubles; il ferait des emprunts pour les payer : la femme paierait la moitié des emprunts, et n'auroit que le tiers des acquisitions. Le mari s'avantagerait donc au préjudice de la femme.

Vice versâ, si la femme avait la moitié de la communauté, et n'était tenue que du tiers des dettes, le mari pourrait faire la même opération, et avantager, par là, la femme à ses dépens, puisqu'elle ne paierait que le tiers des emprunts, et qu'elle aurait la moitié des acquisitions.

L'article dit que la convention est nulle. Mais cette nullité tombe-t-elle sur la convention totale, ou sur la partie qui oblige l'époux à payer une part disproportionnée dans les dettes? En un mot, s'il était convenu que l'un des époux aura le tiers de l'actif, et ne supportera que le quart du passif, décidera-t-on qu'il devra toujours avoir le tiers de l'actif, en supportant le tiers du passif? Ou bien regardera-t-on la convention comme totalement nulle, et rentrera-t-on dans le droit commun, d'après lequel chaque époux doit avoir la moitié dans l'actif, et supporter moitié dans le passif?

Je crois cette dernière opinion préférable. D'abord, elle me parait fondée sur l'équité. L'on peut présumer que l'époux n'a consenti à ne prendre que le tiers de la communauté, que parce qu'il croyait n'être tenu que du quart des dettes. Elle me semble également fondée sur le texte. En effet, l'article 1521 est divisé en deux parties. Dans la première, il est dit que, *lorsqu'il a été stipulé que l'époux n'aura qu'une part dans la communauté, moindre que la moitié, il ne doit supporter les dettes que proportionnément à la même part;* et dans la deuxième *la convention est nulle, si elle oblige, etc.* Or, de quelle convention entend-on parler? Ce ne peut être que de celle dont il vient d'être question, c'est-à-dire de celle qui donne à l'époux une part moindre que la moitié. Donc c'est cette convention qui est nulle; donc les époux rentrent dans le droit commun, et doivent avoir chacun moitié.

Au surplus, la nullité générale prononcée par cet article, vient encore

à l'appui de l'opinion que nous avons embrassée, en soutenant que l'on ne doit pas pouvoir faire indirectement et par des voies obliques, ce qu'on aurait pu faire directement et ostensiblement. Car autrement il eût fallu restreindre la nullité à ce qui eût excédé la portion disponible.

---

* 1 *Rogron, sur art. 1520 C. N.* } *Peuvent déroger.* Car le partage par moitié n'étant pas d'ordre public, rien n'empêche les époux d'y renoncer.

---

4 *Zachariæ, (Massé et Vergé), § 663.* } § 663. *Des clauses qui ont pour objet le partage inégal de la communauté.* — Les époux peuvent déroger par leurs conventions matrimoniales au partage égal des biens de la communauté, art. 1520 (1), en se renfermant toutefois dans les limites indiquées par les dispositions des art. 1521 à 1525 (2).

(1) L'art. 1520 n'est pas conçu dans un sens limitatif. Il énumère, il est vrai, la plupart des cas relatifs à la manière dont la règle du partage égal des biens de la communauté peut être modifiée, mais ces cas ne sont pas les seuls. Du reste, les cas prévus par l'art. 1520 peuvent eux-mêmes être modifiés. Ainsi, par exemple, une part plus ou moins grande peut être assurée à la femme survivante, selon que les époux laissent ou ne laissent pas d'enfants issus du mariage, Bellot, 3, p. 278; Duranton, 15, n. 199 et s. V. aussi Cass., 16 avril 1833, S. V., 33, 1, 371. [L'art. 1520 indique trois clauses ayant pour résultat un partage inégal de la communauté: la première est celle qui attribue à l'un des époux une part moindre que la moitié; la seconde est celle qui attribue à l'un des époux une somme fixe pour tout droit de communauté, attribution qui reçoit la dénomination de forfait de communauté; la troisième est celle qui attribue toute la communauté à l'un des époux. Ces trois clauses font l'objet des développements de ce paragraphe. Mais la liberté des conventions permet d'introduire dans le contrat de mariage d'autres clauses modificatives de la règle de l'égalité du partage, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public, qu'elles n'attribuent pas à l'un tout le profit et à l'autre toute la perte, Odier, 2, n. 849; Rodière et Pont, 2, n. 316; Troplong, n. 2144; Marcadé, sur l'art. 1520.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Les clauses qui ont pour objet un partage inégal peuvent être introduites dans un contrat de mariage, lors même qu'il n'y a pas la même

1° Les époux peuvent convenir que la communauté sera inégalement partagée entre eux ou leurs héritiers (1), en attribuant, par exemple, à l'époux survivant ou aux héritiers de l'époux prédécédé (2), au lieu de la moitié, qui leur revient de droit, une part inférieure, comme le tiers ou le quart des biens de la communauté (3).

inégalité dans les apports, Duranton, 15, n. 201 et s. [Ainsi serait valable la clause qui attribuerait une part dans le gain à l'époux qui, n'ayant apporté que son industrie, ne pourrait contribuer à la perte au moyen de son apport, Troplong, n. 2142.] (MASSÉ et VERGÉ)

(1) On doit apprécier d'après l'analogie qu'elle présente avec cette clause celle par laquelle il est convenu que les acquêts immeubles appartiendront à l'un des époux, et les meubles, à l'autre. V. une espèce analogue, Cass., 16 avril 1833. S. V., 33, 1, 371; [Troplong, n. 2146; Marcadé, sur l'art. 1520.—*Contrà*, Rodière et Pont, 2, n. 316. Cette clause ne serait nulle que si elle réalisait une fraude au préjudice de l'un des époux.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) L'art. 1520 dit: "...Soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers..." [Il y a là une faute de rédaction. On aurait dû dire: *aux héritiers du prédécédé*, Duranton, 15, n. 198; [Marcadé, sur l'art. 1520.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) Si l'époux survivant vient ensuite à décéder, la clause s'applique à ses héritiers. Mais la clause qui ne dispose qu'à l'égard des héritiers de l'un ou de l'autre époux n'a pas d'effet vis-à-vis de cet époux. Si donc le contrat de mariage porte que les héritiers de la femme n'auront qu'un tiers des biens de la communauté la femme survivante n'en a pas moins droit au partage égal des biens de la communauté, art. 1323; Delvincourt, 3, p. 96; Bellot, 3, p. 279 et 290. V. plus baut § 662, note 5. — La clause peut aussi être stipulée non-seulement pour le cas où la communauté de biens est dissoute par la mort de l'un des époux, mais aussi en général pour tous les cas de dissolution. V. Bellot, 3, p. 300. Cet auteur va jusqu'à admettre que la clause prévue par l'art. 1521 s'étend de plein droit à tous les cas de dissolution de la communauté. [Telle est aussi notre opinion. Il résulte de la généralité des termes des art. 1520 et s., que les clauses qui ont pour but le partage inégal de la communauté s'appliquent à tous les cas où il y a lieu à partage, et par conséquent à tous les cas où il y a dissolution de la communauté, quelle que soit la cause de cette dissolution, sauf cependant au cas où il s'agit d'une attribution de toute la communauté au survivant.] (MASSÉ et VERGÉ.)

[ARTICLE 1406.]

Dans ce cas, l'époux survivant ou les héritiers de l'époux prédécédé sont réciproquement tenus, lors du partage de la communauté, des dettes communes dans la proportion suivant laquelle, par suite des conventions matrimoniales, l'actif de la communauté doit être partagé entre les ayants droit (1). Mais cette proportion n'est opposable aux créanciers qu'autant que les dettes ne sont pas en même temps des dettes personnelles de l'un ou de l'autre des époux. Cette répartition des dettes ne porte d'ailleurs aucun obstacle à l'exercice des droits qui appartiennent à la femme ou à ses héritiers, en vertu des art. 1453 et 1483 (2).

Est nulle, dans tous les cas, la convention d'après laquelle les dettes de la communauté ne seraient pas divisées dans la même proportion que l'actif, et qui mettrait à la charge de l'époux dont la part dans la communauté a été déterminée, non une part proportionnelle, mais une part ou plus forte ou moindre des dettes de la communauté : en d'autres termes, le passif de la communauté se divise entre les époux dans la même proportion que l'actif, nonobstant toute convention contraire (3), art. 1520 et 1521.

(1) [En d'autres termes, le passif se divise de la même manière que l'actif : si un époux est réduit au tiers ou au quart de la communauté, il ne supporte que le tiers ou le quart des dettes.] (Massé et Vergé.)

(2) [C'est-à-dire que la femme ou ses héritiers conservent la faculté de renoncer à la communauté s'ils la trouvent mauvaise, et, s'ils acceptent la communauté, de n'être tenu que jusqu'à concurrence de leur émolument, à la charge de faire inventaire. V. Rodière et Pont, 2, n. 326 ; Marcadé, sur l'art. 1524.] (Massé et Vergé.)

(3) Duranton, 15, n. 206.—Selon Pothier, n. 440, et Delvincourt, 3, p. 95, la nullité atteint dans ce cas non-seulement la convention relative à la répartition des dettes, mais encore la clause relative au partage de l'actif. [C'est aussi en ce sens que la question doit être résolue : la clause est nulle pour le tout parce qu'on ne peut séparer la partie de la clause relative au partage de l'actif de celle qui est relative à la répartition du passif, l'une étant la condition de l'autre, Odier, 2, n. 893 ; Rodière et Pont, 2, n° 323 ; Troplong, n. 2150 ; Marcadé, sur l'art. 1521.—*Contrà*, Du-

2° Les époux peuvent stipuler que l'un d'eux ou les héritiers de l'un d'eux ne recevront, au lieu et place de leur part légale dans la communauté, qu'une somme fixe, et par conséquent que tous les biens de la communauté resteront à l'autre époux ou à ses héritiers (1). Cette convention est un contrat aléatoire. L'époux auquel cette somme doit être payée ne peut donc exiger de l'autre époux ou de ses héritiers plus que la somme promise, mais il a droit à la somme tout entière quelle qu'elle soit, que la communauté soit bonne ou mauvaise, suffisante ou non pour l'acquitter. Toutefois la femme conserve, même dans ce cas, le droit de renoncer à la communauté et de s'affranchir ainsi de l'obligation de payer la somme convenue (2), art. 1524 et arg. art. 1453.

Lorsque, par suite de cette convention, le mari ou ses héritiers conservent la communauté, les rapports des époux entre eux, de même que les rapports des époux avec les créanciers de la communauté, se règlent tout à fait comme si la femme avait renoncé à la communauté. Dans les deux cas, les actions de la communauté envers la femme, ou de la femme envers la communauté, sont les mêmes, ainsi que les droits des créanciers de la communauté contre le mari ou contre la femme (3), art. 1524, alin. 1 et 2.

ranton, 15, n. 206.] V. sur une question analogue, § 649, note 69. (Massé et Vergé.)

(1) C'est la clause connue sous le nom de forfait de communauté. (Massé et Vergé).

(2) Pothier, n. 451 ; Delvincourt, sur l'art. 1522 ; Bellot, 3, p. 296 ; [Rodière et Pont, 2, n. 335 et s.; Troplong, n. 2163 ; Marcadé, sur l'art. 1524. C'est là un droit que la femme ne peut abandonner, même par une stipulation expresse. V. § 650, note 3. — Sur le point de savoir si la femme ne peut dans ce cas user du bénéfice de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument, à la charge de faire inventaire.] (Massé et Vergé.)

(3) Ainsi la femme fait compte à la communauté des indemnités qu'elle lui devrait en cas de renonciation, et il lui est tenu compte de celles qui lui seraient dues, Duranton, 15, n. 211 ; [Troplong, n. 2155 et s.] V. aussi

Lorsqu'au contraire la communauté doit rester à la femme ou à ses héritiers, la femme a le droit d'opter entre sa renonciation à la communauté ou sa conservation en payant une somme convenue (1). Au premier cas, c'est-à-dire si la femme renonce à la communauté, sa renonciation a les mêmes effets que si elle avait renoncé à la communauté, dans le cas où la clause dont il s'agit n'eût pas existé dans le contrat de mariage. Au second cas, c'est-à-dire si la femme ou ses héritiers acceptent la communauté, la femme doit supporter toutes les dettes et charges de la communauté, tant vis-à-vis du mari que vis-à-vis des créanciers. Cependant elle n'est tenue envers le mari, et de même envers ceux des créanciers de la communauté à l'égard desquels elle n'a point d'obligations personnelles, que jusqu'à concurrence de son émolument dans la communauté (2). Et, d'un autre côté, les créanciers de la communauté, envers lesquels le mari est personnellement obligé, art. 1484, conservent les droits et actions qui leur appartiennent contre leur débiteur, sauf le recours en indem-

art. 1494. Le forfait diffère donc essentiellement de la clause de reprise de l'apport franc de dettes. V. art. 1514, alin. 4, et Duranton, 15, n. 168. (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) Duranton, 15, n. 207; [Troplong, n. 2163 et s.]

(2) V. sur le sens de l'art. 1524, à la brièveté duquel il est nécessaire de suppléer par voie d'interprétation, Delvincourt, 3, p. 96, et Bellot, 3, p. 289. Il y a surtout difficulté sur le point de savoir si la femme qui accepte la communauté peut faire usage du bénéfice de l'art. 1483. L'art. 1522 semble positivement militer en faveur de la négative. Mais cette opinion n'en est pas moins en contradiction avec le principe que la femme ne peut renoncer à ce bénéfice. L'affirmative paraît donc devoir être préférée. V. Bellot, 3, p. 297. [Nous croyons, au contraire, qu'il faut décider que la femme ne peut, sous l'empire de la clause dont s'agit, user du bénéfice de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument, à la charge de faire inventaire, parce que cette clause constitue un contrat aléatoire, exclusif par conséquent de toute faculté qui permettrait à la femme de s'en dégager au cas où le contrat ne lui présenterait pas les avantages espérés, Odier, 2, n. 903 ; Rodière et Pont, 2, n. 337 ; Troplong, n. 2166 ; Marcadé, sur l'art. 1524.] (MASSÉ et VERGÉ.)

nité du mari contre sa femme, jusqu'à concurrence de son émolument à raison des payements par lui faits à ses créanciers (1), art. 1524, alin. 3.

Du reste, si la femme accepte la communauté, il y a lieu, pour en établir la consistance, aux mêmes rapports et déductions entre le mari et la femme que dans le cas de partage de la communauté.

3° Les époux peuvent convenir que tous les biens de la communauté (2) appartiendront à l'époux survivant, quel qu'il soit, ou seulement à l'un des époux, s'il survit à l'autre, au mari ou à la femme, ou aux héritiers de l'époux prédécédé (3). Cette clause ne peut être assimilée à une donation, ni quant à sa forme, ni quant à sa substance ; elle n'est qu'une simple convention entre époux modificative du régime de la communauté (4). V. cependant § 637, note 21.

(1) [La femme obligée de payer toutes les dettes ou de renoncer, art. 1524, peut, par conséquent, être tenue au delà de son émolument, et par conséquent il n'est pas exact de dire que le mari qui a payé n'a d'action contre elle que jusqu'à concurrence de son émolument. V. la note qui précède.] (Massé et Vergé.)

(2) Ou seulement l'usufruit de tous les biens de la communauté. V. Bellot, 3, p. 313 ; [Rodière et Pont, 2, n. 345 ; Troplong, n. 2180, et Marcadé, sur l'art. 1525. Qui peut le plus peut le moins.] (Massé et Vergé.)

(3) Bellot, 3, p. 301. [V. Dalloz, n. 2993.]

(4) [Elle échappe donc aux règles sur la réserve et la quotité disponible, sauf en ce qui concerne les enfants nés d'un premier mariage, art. 1527 ; Cass., 24 mai 1808 ; Duranton, 15, n. 244 ; Odier, 2, n. 920 ; Rodière et Pont, 2, n. 344 ; Marcadé, sur l'art. 1525 ; Douai, 7 fév. 1850, S. V., 50, 2, 537.—On a prétendu à tort que la clause dont s'agit n'était pas une convention entre associés, ni une clause modificative du régime de la communauté, mais bien plutôt une clause exclusive du régime de la communauté, Duranton, 15, n. 214. Mais c'est une erreur : il y a communauté, puisqu'il y a collaboration commune dans le but d'en recueillir les bénéfices qui peuvent éventuellement appartenir à l'un ou à l'autre, selon que l'un ou l'autre vient à prédécéder, Odier, 2, n. 919 ; Rodière et Pont, 2, n. 342 ; Troplong, n. 2173 ; Marcadé, sur l'art. 1525.] (Massé et Vergé.)

[ARTICLE 1406.]

La clause qui attribue à l'un des époux toute la communauté emporte de plein droit (1) la réserve, au profit des héritiers de l'époux prédécédé, de la reprise de l'apport de leur auteur, c'est-à-dire des biens mobiliers qu'il possédait au jour de la célébration du mariage ou qu'il a acquis à titre gratuit pendant le mariage (2) : ces biens appartiennent aux héritiers de cet époux (3). Et si une clause particulière attribue à l'époux survivant l'apport de l'époux prédécédé, cette clause

(1) Selon des auteurs, la clause est nulle, si elle ne contient pas expressément cette réserve. [Mais c'est là une erreur : la clause d'un contrat de mariage portant que la totalité de la communauté appartiendra à l'époux survivant entraîne *de plano*, et sans qu'il soit besoin de stipulation à cet égard, le droit pour les héritiers de l'autre époux de faire la reprise des apports tombés dans la communauté du chef de leur auteur, Douai, 9 mai 1849, S. V., 50, 2, 180 ; Rodière et Pont, 2, n. 346. — Du reste, le droit réservé par l'art. 1525 aux héritiers de l'époux prédécédé de reprendre les apports tombés dans la communauté du chef de leur auteur est exclusivement applicable au cas où les conventions matrimoniales des époux attribuent au survivant d'eux la totalité de la communauté sans aucune réserve. Ce droit ne peut être exercé au cas où le contrat de mariage ne stipule qu'une simple inégalité de partage, Douai, 7 fév. 1850, S. V., 50, 2, 537.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) V. Observations du Tribunat sur l'art. 1525 ; [Rodière et Pont, 2, n. 346 ; Marcadé, sur l'art. 1525. V. cependant Toullier, 13, n. 422, qui prétend, mais sans aucun motif plausible, que l'apport dont il s'agit ici, et que les héritiers du prédécédé peuvent reprendre, doit s'entendre uniquement de l'apport stipulé propre ou réalisé.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) Les deux premières clauses n'autorisent pas la reprise de l'apport, Duranton, 15, n. 201 et s. [Il est au surplus à remarquer que par l'effet de la clause dont s'agit, la totalité de la communauté ne devant appartenir qu'au survivant des époux, il y a lieu au partage provisoire de la communauté, quand elle se trouve dissoute autrement que par la mort de l'un d'eux, par exemple, par une séparation de biens. Et comme, dans ce cas, le droit réservé par l'art. 1525 aux héritiers du prédécédé de reprendre l'apport de leur auteur ne peut profiter qu'aux héritiers, les époux ne sont pas autorisés, lors de la dissolution de la communauté par l'effet de la séparation de biens, à reprendre leurs apports, et à les soustraire au partage qui est la conséquence de la séparation de biens. Cass., 1er juin 1853, S. V., 53, 1, 513.] (MASSÉ et VERGÉ.)

doit être considérée comme une donation, et par conséquent est réductible si elle excède la quotité disponible (1). V. art. 920, 1098 et 1525.

Par suite de l'analogie qui existe entre cette clause et le préciput conventionnel, V. le paragraphe qui précède, les art. 1517 et 1518, relatifs à l'ouverture du préciput, sont applicables à la clause dont il s'agit ici (2).

Du reste, cette clause est, quant à ses effets, soumise aux règles établies dans ce paragraphe pour la clause qui attribue à l'un des époux la totalité de la communauté moyennant le payement d'une somme fixe à l'héritier de l'autre époux. Ainsi, par exemple, la femme peut, dans un cas comme dans l'autre, faire usage des droits qui lui appartiennent, d'après les art. 1453 et 1483.

L'apport que les héritiers retirent ne semble devoir leur être remis en général, c'est-à-dire à moins de convention contraire, que sous déduction ou après décompte des dettes dont l'apport était grevé, *bona enim non intelliguntur nisi deducto œre alieno* (3).

1407. Lorsqu'il est stipulé que l'époux ou ses héritiers n'auront qu'une certaine part dans la communauté, comme le tiers, le quart, l'époux ainsi réduit, ou ses héritiers, ne supportent les dettes de la communauté que propor-

1407. When it is stipulated that the consort or his heirs shall have only a certain share in the community, as a third, a fourth, the consort whose share is so reduced or his heirs bear the debts of the community only in pro-

(1) Bellot, 2, p. 303; Delvincourt, 3, p. 96; Bruxelles, 21 juill. 1810; [Marcadé, sur l'art. 1525. V. cependant Troplong, n. 2181.] (MASSÉ et VERGÉ)

(2) Bellot, 3, p. 301. V. cependant Duranton, 2, n. 628.

(3) [V. Marcadé, sur l'art. 1525.]

tionnellement à la part qu'ils prennent dans l'actif.

La convention est nulle si elle oblige l'époux ainsi réduit ou ses héritiers à supporter une plus forte part, ou si elle dispense de supporter une part dans les dettes égale à celle qu'ils prennent dans l'actif.

portion to the share they take in the assets.

The agreement is void if it oblige such consort or his heirs, to bear a greater share, or if it exempt them from bearing a share of the debts equal to that which they take in the assets.

---

* *C. N.* 1521. } Lorsqu'il a été stipulé que l'époux ou ses héritiers n'auront qu'une certaine part dans la communauté, comme le tiers ou le quart, l'époux ainsi réduit ou ses héritiers ne supportent les dettes de la communauté que proportionnellement à la part qu'ils prennent dans l'actif.

La convention est nulle si elle oblige l'époux ainsi réduit ou ses héritiers à supporter une plus forte part, ou si elle les dispense de supporter une part dans les dettes égale à celle qu'ils prennent dans l'actif.

Voy. autorités sur art. 1406.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1521 *C. N.* } 392. Cette disposition est fondée d'abord sur les principes de la société, suivant lesquels chaque associé doit supporter dans les pertes une part égale à celle qu'il a dans les bénéfices. Cela est conforme aux simples notions du Droit et de l'équité naturelle.

Une autre raison qui est particulière au cas de la commu-

nauté, c'est que la convention contraire, injuste en elle-même, serait une voie ouverte aux époux de s'avantager respectivement. S'il était dit, par exemple, que la femme n'aurait qu'un tiers dans l'actif de la communauté, et qu'elle supporterait néanmoins la moitié des dettes, le mari aurait le pouvoir de s'avantager aux dépens de sa femme, en faisant des acquisitions dont il devrait le prix. Il ferait ainsi payer à sa femme la moitié de ces acquêts dont elle n'aurait que le tiers, et profiterait de l'autre tiers à ses dépens.

Si, en renversant l'exemple, on convenait que la femme ne prendrait dans la communauté que le tiers, mais qu'elle l'aurait franc de toutes dettes, le mari pourrait avantager la femme de la même manière, puisque le prix du tiers que la femme aurait dans les acquêts serait payé par le mari ou ses héritiers.

C'est donc avec raison que la loi réprouve de pareilles conventions, et les déclare nulles. Elle confirme la doctrine de tous les auteurs, et la jurisprudence.

393. La Cour de Cassation a observé, sur cet article, que la convention n'était pas absolument nulle, et elle a proposé de rédiger le §. qui prononce la nullité absolue, de la manière suivante :

" La convention serait nulle, *en ce qu'elle obligerait l'époux* " *ainsi réduit* à supporter une plus forte part dans les dettes, " ou *en ce qu'elle le dispenserait* de supporter une part dans " les dettes égale à celle qu'il prend dans l'actif."

Cette rédaction n'a point été adoptée. Le Code civil a maintenu la nullité absolue, et en cela il s'est conformé à l'avis de M. Pothier. Cet auteur se propose la question de savoir si la clause est entièrement nulle, ou si elle l'est seulement en ce que l'époux est soumis à une part plus forte ou moindre que celle qu'il doit avoir dans l'actif.

On peut dire, observe-t-il, que l'injustice ne tombe que sur la seconde partie de la convention ; qu'il n'y a d'ailleurs que cette seconde partie qui donne au mari le moyen d'avantager

sa femme; qu'en conséquence il ne faut déclarer nulle que cette seconde partie.

Néanmoins, continue-t-il, on doit décider que la convention est nulle pour le tout, et que le partage de la communauté doit se faire par portions égales, tant en actif que passif, comme s'il n'y avait eu aucune autre stipulation. La raison est que la première partie de la clause est inséparable de la seconde. La femme n'a consenti à la réduction de sa part de la communauté à une part inférieure à la moitié, que parce qu'on la lui accordait franche, ou seulement sous la charge de ne payer qu'une plus petite portion des dettes. Cette condition ne pouvant se réaliser, fait manquer le cas de la convention qui s'évanouit avec elle. La nullité d'une partie doit donc entraîner celle de l'autre.

Nous ne voyons pas qu'on puisse répondre d'une manière satisfaisante à ce raisonnement.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1521, *C. N.* } Le motif de la jurisprudence, adoptée par cet article, était d'empêcher les époux de s'avantager indirectement pendant le mariage: mais, disent Pothier et les autres auteurs, s'il était dit par le contrat de mariage que la femme n'aurait que le tiers dans l'actif, et qu'elle supporterait cependant la moitié des dettes, le mari, en faisant des acquêts dont il ne paierait pas le prix, obligerait sa femme à en acquitter la moitié, tandis qu'il profiterait des deux tiers. Je crois que le véritable motif de notre article, c'est l'égalité qui doit régner entre associés. *Voyez* l'observation sur l'art. 1536.

---

* *Rogron, sur art.* 1521 *C. N.* } *Que proportionnellement.* S'il en était autrement, les époux pourraient s'avantager contre le vœu de la loi; aussi l'article ajoute-t-il que la convention contraire est nulle.—Question. *Si le contrat de mariage donne les deux tiers de la communauté à l'un des époux, et ne l'astreint*

qu'à un tiers des dettes, devra-t-on rétablir simplement la proportion, ou toute la convention sera-t-elle nulle, de sorte qu'il faudra revenir au partage légal par moitié ? Pour l'affirmative, on observe que la loi parle de la *convention*, et non d'une réduction proportionnelle ; que d'ailleurs rien ne prouve que les époux aient voulu de cette proportion, et qu'ainsi il faut recourir au partage légal. Mais, pour la négative, on répond qu'il est toujours évident qu'ils ont voulu modifier leur communauté, et que, dans le doute, il faut présumer qu'ils ont au moins voulu opérer la modification permise par la loi.

---

* 1 *Bourjon*, *tit.* 10, *ch.* 2, *sec.* 3, *n°* 19 *et s.* } XIX. De-là il s'ensuit qu'on peut restreindre le droit de la femme dans la communauté à un tiers, à un quart, ou à une autre portion ; telle restriction est licite, autorisée et établie, elle est irrévocable.

Lorsque le contrat de mariage contient une telle réduction, le mari ne peut rappeler sa femme au droit entier de communauté, sous prétexte que c'est retour au droit commun, comme on l'a déjà dit ci-dessus dans le cas de l'exclusion totale, ce seroit avantage prohibé ; Louet, lettre M, num. 4 ; Lapeyrere, aussi let. M, décision 1, pag. 228. Notes sur Duplessis, pag. 423 et 424, et c'est la jurisprudence du châtelet ; le Brun a varié sur la question ; mais ni cette variation, ni l'opinion de ceux qui regardent le rappel comme valable, en le regardant comme retour au droit commun, ne peut faire impression ; ce retour étant absolument contraire à la couronne.

XX. Dans le cas de cette restriction, la femme n'est tenue des dettes qu'à proportion, c'est-à-dire, que pour un tiers, si son droit dans la communauté est réduit à un tiers, et pour un quart si son droit est réduit à un quart ; le passif devant toujours se balancer par l'actif.

C'est ce que dit Duplessis, pag. 425 ; et tel est l'usage du châtelet.

XXI. Cette restriction n'influe pas sur ce qui doit tomber en communauté du chef de la femme, c'est la loi qui règle ce qui y tombe de son chef ; ce qui est fort à considérer ;

ainsi, nonobstant une telle réduction, tout son mobilier y tombe s'il n'en est exclus par une clause de propre; autrement ce seroit ajouter à la convention.

Cette restriction du droit de la femme à un tiers, à un quart, fait si peu cet obstacle, que la restriction de son droit à une somme fixe ne le feroit pas; le Brun, de la communauté, pag. 478, num. 10 et 11; voyez aussi les deux propositions suivantes.

XXII. De-là il s'ensuit que nonobstant cette restriction, non-seulement tout le mobilier qu'elle possédoit lors de son mariage, mais tout celui qui lui échoit pendant icelui, tombe dans la communauté, si le contraire n'est stipulé par le contrat de mariage; c'est suite du principe, il y a restriction consentie pour le partage; il n'y en a pas pour l'apport.

C'est le sentiment de Duplessis, en son traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, sect. 1, pag. 425, auquel il faut joindre celui de le Brun, cité sur la proposition précédente.

XXIII. En effet, cette restriction ne frappe que son gain dans la communauté et non l'apport qui s'y fait de son chef, auquel apport réglé par la loi, il n'y a nulle dérogation; la loi sur ce, reste donc dans toute sa vigueur; et par conséquent, suivant sa disposition, tel bien tombe dans la communauté.

Tel est l'usage du châtelet, conforme à la doctrine de le Brun, de la communauté, pages 577 et 578.

XXIV. De ce que dessus, il s'ensuit à plus forte raison, que nonobstant cette restriction, les fruits et revenus des biens de la femme échus pendant sa communauté tombent dans icelle; c'est le sort de tous les fruits des biens des conjoints, de tomber dans leur communauté.

Cela résulte de ce que dessus, et est regardé au châtelet comme incontestable, et auroit lieu même quand elle seroit réduite à une certaine somme; le Brun, pag. 578, num. 10 et 11; ce qui prouve d'autant plus la proposition.

[ARTICLE 1408.]

1408. Lorsqu'il est stipulé que l'un des époux ou ses héritiers ne pourront prétendre qu'une certaine somme, pour tout droit de communauté, la clause est un forfait qui oblige l'autre époux, ou ses héritiers, à payer la somme convenue, soit que la communauté soit bonne ou mauvaise, suffisante ou non pour acquitter la somme.

1408. When it is stipulated that one of the consorts or his heirs shall be entitled only to a certain sum in lieu of all rights of community, the clause is a definitive agreement which obliges the other consort or his heirs to pay the sum agreed upon, whether the community be good or bad, or sufficient or not to pay such sum.

---

* *C. N.* 1522. } Lorsqu'il est stipulé que l'un des époux ou ses héritiers ne pourront prétendre qu'une certaine somme pour tout droit de communauté, la clause est un forfait qui oblige l'autre époux ou ses héritiers à payer la somme convenue, soit que la communauté soit bonne ou mauvaise, suffisante ou non, pour acquitter la somme.

---

* *ff. Liv.* 50, *Tit.* 17, *De div. regulis juris*, *L.* 10. } Secundùm naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda. (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Il est naturel que quelqu'un qui supporte les charges d'une chose en retire les profits. (PAUL).

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1522 *C. N.* } C'est alors un contrat aléatoire, où l'on doit pouvoir perdre dès qu'on pouvait gagner. Plusieurs arrêts conformes, rapportés par Brodeau sur Louet, lett. M, chap. 4.

[ARTICLE 1408.]

Voy. *Pandectes*, citées sur art. 1410 et autorités sur art. 1406 ; *D'Argentré*, sur *Cout. de Bretagne*, cité par *Pothier*, *Comm.*, sur le présent art. 1408.

---

* *Rogron, sur art.* 1522 *C. N.* } *Est un forfait.* Le forfait de communauté est une clause par laquelle, moyennant une somme déterminée, on renonce au droit de partager la communauté, qu'elle soit avantageuse ou non. C'est de part et d'autre une espèce de convention *aléatoire* (art. 1104).

---

* 2 *Bourjon, tit.* 10, *ch.* 2, *sec.* 3, *n°* 25. } XXV. Lorsque la femme pour droit de communauté est réduite à une somme fixe, il la lui faut fournir franche et quitte de dettes de la communauté ; c'est l'effet d'une telle réduction, autrement elle ne seroit pas remplie de la somme ; et elle le doit être conformément à la convention.

Duplessis, pag. 425 ; le Brun, de la communauté, pag. 577, num. 3, et l'on le régle ainsi au châtelet, dans les comptes et partages, c'est un forfait de la part de la femme, et une composition fixe de son droit ; composition qui doit avoir son entière exécution.

---

* 2 *Brodeau sur Louët, lettre M, somm.* 4, *p.* 111. } Par contrat de mariage il est stipulé que la femme pour tout droit de communauté, ne pourra prétendre que la somme de neuf cens livres, elle decedée, ses héritiers demandent cette somme au mari, il dit qu'il est prêt de les recevoir à partager à la communauté : qu'il vouloit rentrer au droit commun, introduit par la Coutume, duquel lui et sa femme s'étoient éloignez par une clause et convention extraordinaire : lequel retour est grandement favorable, suivant le texte de la loi *si unus* 27, § *pactus ne peteret*, *versic. quod et in specie*, *de pact. l. et Atilicimus* 35, *de servit præd. rust.* que cette clause taxative étoit en faveur de lui seulement, donc qu'il lui étoit loisible de s'en départir.

Les heritiers soûtenoient au contraire, que la clause devoit être entretenue tant en consideration de l'autorité des contrats de mariage, que de l'incertitude de l'évenement : car si la communauté se fut enflée et augmentée de beaucoup, ils n'eussent pû pretendre que ladite somme de neuf cens livres : donc ils la doivent pareillement avoir, nonobstant que la communauté soit pauvre, et que cette somme excede la part qu'ils y pourroient pretendre, venans à partage, *argument. l. penult. C. de solut.* en ces mots, *contrarium non postulaturus si minoris distraxisset :* ce qui a été ainsi jugé par Arrêt confirmatif de la Sentence du Prevôt de Paris, du 15 Avril 1608. Monsieur Forget présidant, plaidans Benoît et Tillier.

Pareil Arrêt du 19 Février 1646. Monsieur le premier Président Molé séant, plaidans Heugé, Robert, Gautier, et de Fita : par lequel, conformément aux conclusions de Monsieur l'Avocat General Talon, Maître Philippes Senoc fut condamné de payer au tuteur des enfans de défunte Dame Jeanne de Combault, vivante femme dudit Senoc ; et en premieres nôces de Monsieur Maître Pierre Pastoureau Conseiller en la Cour, la somme de quatre-vingt-dix mille livres, suivant la clause du contrat de mariage : portant que ladite de Combault survivante, auroit le choix d'accepter la communauté, ou d'y renoncer, et où elle viendroit à préceder, s'il y avoit enfans de son mariage, ils ne pourroient, ni ceux du premier lit, prétendre aucune part en la communauté : mais tous les biens d'icelle appartiendroient entierement audit Senoc, en payant par lui ladite somme de quatre-vingt-dix mille livres, laquelle il s'oblige dès à present payer auxdits enfans, dans deux ans après le decès de ladite de Combault ; et cependant l'interêt au denier vingt. Elle étoit decedée dans la premiere année du mariage ; et la communauté ne se trouvant pas avantageuse, Senoc offre d'admettre les enfans du premier lit à la communauté ; ce qu'il soutient pouvoir faire aux termes de la clause, qui est en sa faveur : et contient un gerondif *en payant*, qui aboutit à une condition et à une alternative, dont regulierement le choix est laissé au débiteur :

de laquelle pretention il fut debouté par Arrêt, et condamné à payer la somme aux enfans.

---

* 5 *Merlin, Rép.*, v[is] *Comm. de biens*, § *IV.* } Quelquefois on stipule dans le contrat de mariage, que les héritiers de la femme auront, pour tout droit de Communauté, une certaine somme. [[*Code Civil, art.* 1520.]]

On demande si, d'après cette stipulation, et le cas arrivant que les effets communs fussent insuffisans pour acquitter la somme convenue, le mari serait fondé à prétendre que, la clause n'étant intervenue qu'en sa faveur, il peut y renoncer, et se décharger de l'obligation de payer la somme dont il s'agit, en offrant d'admettre les héritiers de sa femme à partager à l'ordinaire la Communauté ?

Il faut répondre qu'une telle prétention ne serait pas fondée. La raison en est que la convention intervenue entre les époux, ne peut pas être considérée comme une simple faculté de garder, de la part du mari, tous les biens de la Communauté, en payant une certaine somme ; c'est une cession que la femme fait à son mari, au cas qu'il lui survive, de la part qu'elle aurait pu avoir dans les biens de la Communauté ; ainsi, le prix de cette cession est dû aux héritiers de la femme, en quelque état que soit la Communauté, lorsqu'elle vient à se dissoudre. Si elle se fût trouvée opulente, le mari en aurait eu le bénéfice ; il est par conséquent juste que, si elle est mauvaise, il en supporte la perte. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts des 15 avril 1608 et 19 février 1646, rapportés par Brodeau sur Louet. [[*Code civil, art.* 1522.]]

Il n'en serait pas de même si, à la clause qui attribue une certaine somme aux héritiers de la femme pour tout droit de Communauté, on avait ajouté cette restriction, *si tant s'en trouve :* dans ce cas, la somme convenue ne serait due que jusqu'à concurrence de ce qui se trouverait de biens dans la Communauté.

Pareillement, si la clause était ainsi conçue : *Il sera loisible*

au futur survivant de retenir tous les biens de la Communauté, en donnant aux héritiers de la future épouse une somme de 10,000 *livres ;* ces termes, *il sera loisible*, signifient que le mari a la liberté de retenir tous les biens de la Communauté, en donnant 10,000 livres aux héritiers de la femme, ou de les admettre au partage de ces biens.

[[Voici une espèce assez singulière qui s'est présentée à la cour de Cassation.

Soyer et son épouse stipulent, par leur contrat de mariage que, " dans le cas où la future viendrait à décéder la pre-" mière sans enfans, ses héritiers collatéraux auraient la " *liberté de demander* au futur époux, pour tous droits dans " sa succession mobilière et conquêts de Communauté, s'il " en est fait, la somme de 6,000 livres ; ladite future inter-" disant à ses héritiers collatéraux toute action de partage " de Communauté contre ledit futur époux, lesquels auront " seulement le droit de requérir dudit futur ladite somme " de 6,000 livres ".

Par une autre clause, Soyer s'oblige, " en cas de prédécès " de la future sans enfans, de payer aux héritiers collatéraux, " à compter du jour du mariage, par chacun an et jusqu'au " jour du prédécès, une somme de 380 livres pour les intérêts " et revenus de ses biens propres ".

La femme Soyer meurt en effet la première sans enfans ; et Louis Condré, son frère, demande au mari survivant le partage de la Communauté.

Celui-ci offre de lui rendre les biens propres de la défunte, et de lui payer 1°. la somme de 6,000 livres *pour le forfait de la Communauté ;* 2°. celle de 5,400 livres pour les arrérages de la rente stipulée par le contrat de mariage.

Le 19 messidor an 11, jugement du tribunal civil de Romorantin, qui déclare ses offres valables et déboute Condré du surplus de ses demandes.

Mais, par arrêt du 13 ventôse an 12, " attendu que ces " termes, *liberté de demander*, stipulés par la femme au profit " de ses héritiers, expriment une faculté et un choix dont ils

" ont le droit incontestable de faire usage ; que l'interdiction " de pouvoir provoquer le partage de la Communauté, ne " peut s'entendre qu'au cas d'option de la part des héritiers " pour la somme qui leur est allouée ; qu'en donnant à cette " clause un sens contraire, la faculté stipulée à leur profit " serait sans but comme sans effet ; qu'enfin l'exclusion de " Communauté, soit entre les conjoints, soit à l'égard de " leurs héritiers, est exorbitante du droit commun ; et que, " pour être exécutée, elle doit être formellement exprimée " au contrat " ; la cour d'appel d'Orléans dit qu'il a été mal jugé par le tribunal de Romorantin, et ordonne le partage de la Communauté.

Recours en cassation contre cet arrêt ; et le 30 prairial an 13,

" Vu l'art. 1134 du Code civil, portant : *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ;

" Considérant que cette disposition, promulguée le 27 pluviôse an 12, est conforme et puisée dans les lois françaises anciennes et les lois romaines ;

" Vu aussi les dispositions du contrat de mariage d'entre les mariés Soyer, ci-dessus relatées ;

" Considérant que, dans l'espèce, il a été stipulé un véritable forfait de Communauté, avec interdiction aux héritiers collatéraux de toute action en partage ; que cette clause d'interdiction si formellement exprimée, serait sans objet et est inconciliable avec la liberté d'opter entre les partages et le forfait convenu ; que la clause subséquente, exorbitante et singulière du paiement, pendant tout le cours du mariage, aux héritiers collatéraux de l'épouse, en cas de prédécès sans enfans, d'une somme annuelle de 380 livres pour les intérêts et revenus des biens propres de l'épouse, établit évidemment l'intention des parties de convenir d'une forfait de Communauté ; qu'ainsi, les dispositions du contrat ont été méconnues par l'arrêt attaqué ;

" La cour casse et annulle...".]]

Observez que la convention qui attribue aux héritiers de

la femme une certaine somme pour tout droit de Communauté, n'exclud qu'eux, et non la femme, du droit de partager la Communauté : c'est pourquoi cette convention ne peut avoir d'effet que dans le cas où la dissolution de la Communauté a lieu par le décès de la femme : car si la Communauté venait à se dissoudre par une sentence de séparation de corps, le droit de partager les effets communs avec le mari, se trouvant ouvert au profit de la femme par cette sentence, il passerait à ses héritiers, dans le cas où elle mourrait avant le partage. [[*Code civil, art.* 1523.]]

Lorsque le mari retient tous les biens de la Communauté sous la condition de donner la somme convenue aux héritiers de la femme, il demeure seul chargé de toutes les dettes de la Communauté : ainsi, ces héritiers ont droit d'exiger de lui, outre cette somme, tout ce que la Communauté peut devoir à la femme, soit par rapport à ses reprises, soit pour quelque autre cause. [[*Code civil, art.* 1524.]]

Il arrive quelquefois que, par le contrat de mariage, on assigne à la femme elle-même une certaine somme pour tout droit de Communauté : alors, quelle que soit la cause de la dissolution de la Communauté, il n'y a pas lieu au partage des effets dont elle était composée. La femme et ses héritiers n'ont aucun droit pour le demander, parcequ'ils ne sont que des créanciers de la somme convenue. Le mari ni ses héritiers ne peuvent pareillement se dispenser de payer cette somme, en offrant d'admettre la femme à partager la Communauté.

Quelquefois aussi on stipule, dans le contrat de mariage, que les héritiers de l'époux prédécédé n'auront, pour tout droit de Communauté, qu'une certaine somme ; et alors, la clause s'étend aux héritiers du mari comme à ceux de la femme.

[ARTICLE 1409.]

1409. Si la clause établit le forfait à l'égard des héritiers seulement de l'un des époux, celui-ci, dans le cas où il survit, a droit au partage légal par moitié.

1409. If the clause establishes this definitive agreement with regard to the heirs only of one of the consorts, such consort, if he survive, has a right to the legal partition by halves.

---

* *C. N.* 1523. } Si la clause n'établit le forfait qu'à l'égard des héritiers de l'époux, celui-ci, dans le cas où il survit, a droit au partage légal par moitié.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *n°* 453 *et s.* } 453. La clause " que les héritiers de la femme auront, pour tout droit de communauté, une *certaine somme*," n'exclut du droit de partager la communauté que lesdits héritiers, et non la femme. Elle ne peut en conséquence avoir lieu que dans le seul cas auquel la dissolution de communauté arrive par le prédécès de la femme. Si elle arrivait du vivant de la femme, par une sentence de séparation d'habitation, le droit de partager la communauté avec le mari, ayant été ouvert au profit de la femme par la sentence de séparation, quand même la femme viendrait à mourir peu après, avant que d'avoir procédé à ce partage, elle transmettrait ce droit à ses héritiers ; et le mari ne pourrait en ce cas les en exclure, en leur offrant la somme portée par la convention.

454. Cette clause " que les héritiers de la femme auront, pour tout droit de communauté, une *certaine somme*," comprend tous les héritiers, tant les enfants que les collatéraux.

455. Le mari qui, en conséquence de cette convention, demeure propriétaire de tous les biens de la communauté, à la charge de donner aux héritiers de la femme la somme portée par la convention, peut sur cette somme leur faire déduction

de toutes les créances que la communauté a contre la femme, *putà*, pour les sommes tirées de la communauté afin d'acquitter des dettes mobilières de la femme, antérieures au mariage, et exclues de la communauté par une clause de séparation de dettes, ou pour des impenses (autres que celles d'entretien) faites des deniers de la communauté sur les héritages propres de la femme, ou pour quelque autre cause que ce soit.

Si les créances de la communauté contre la femme excédaient la somme que le mari doit donner aux héritiers de la femme pour leur droit de communauté, non-seulement le mari demeurerait quitte envers eux de cette somme, mais ils seraient débiteurs envers lui de l'excédant.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1523 *C. N.* } Cette clause étant extraordinaire doit être circonscrite dans ces termes.

---

* 3 *Delvincourt, p.* 50. } On peut stipuler le forfait, seulement à l'égard des héritiers de l'un des époux; auquel cas, si cet époux survit (1), la clause est anéantie, et la communauté se partage comme à l'ordinaire.

(1) *Si cet époux survit,* à la dissolution de la communauté. Il n'est pas nécessaire qu'il survive à l'autre époux. Si, donc, la communauté est dissoute par la séparation de corps ou de biens, le partage a lieu par moitié, quand même l'époux, à l'égard des héritiers duquel le forfait a été établi, viendroit à mourir avant le partage. Le droit ayant été ouvert en sa faveur, il l'a transmis à ses héritiers ou ayant cause.

Voy. *Pand. frs.*, citées sur art. 1410 et autorités sur art. 1406.

---

* *Rogron, sur art.* 1523 *C. N.* } *Dans le cas où il survit.* La loi a prévu ici ce qui arrive le plus souvent, c'est-à-dire la dissolution de la communauté par la mort naturelle ou civile.

Mais si le forfait n'a été stipulé qu'en faveur des héritiers, il est évident que l'époux aurait droit au partage légal, même quand la communauté viendrait à se dissoudre par la séparation de corps ou de biens.

1410. Le mari ou ses héritiers, qui retiennent, en vertu de la clause énoncée en l'article 1406, la totalité de la communauté, sont obligés d'en acquitter toutes les dettes. Les créanciers n'ont, en ce cas, aucune action contre la femme ni contre ses héritiers.

Si c'est la femme survivante qui a, moyennant une somme convenue, le droit de retenir toute la communauté contre les héritiers du mari, elle a le choix ou de leur payer cette somme en demeurant obligée à toutes les dettes, ou de renoncer à la communauté et d'en abandonner aux héritiers du mari les biens et les charges.

1410. The husband or his heirs who, in virtue of the clause mentioned in article 1406, retain the whole of the community, are obliged to pay all its debts. The creditors in such case have no action against the wife or against her heirs.

If it be the wife surviving who, in consideration of a stipulated sum, has the right of retaining the whole of the community against the heirs of the husband, she has the option of either paying such sum and remaining liable for all the debts, or of renouncing the community and abandoning to the heirs of the husband both the property and the debts.

---

* *C. N.* 1524. } Le mari ou ses héritiers qui retiennent, en vertu de la clause énoncée en l'article 1520, la totalité de la communauté, sont obligés d'en acquitter toutes les dettes.

Les créanciers n'ont, en ce cas, aucune action contre la femme ni contre ses héritiers.

Si c'est la femme survivante qui a, moyennant une somme convenue, le droit de retenir toute la communauté contre les héritiers du mari, elle a le choix ou de leur payer cette somme, en demeurant obligée à toutes les dettes, ou de renoncer à la communauté, et d'en abandonner aux héritiers du mari les biens et les charges.

---

* 12 *Pand. frs., sur arts.* 1522-3-4 *C. N.* } 394. Ces trois articles, qui sont relatifs au même objet, doivent être réunis.

Il faut remarquer d'abord que la citation faite dans le dernier, est certainement une faute d'impression. Il faut lire article 1522 au lieu de 1520. Celui-ci ne parle point d'une seule clause, mais de plusieurs qui ont des effets différens, et il n'est question ici que du forfait de communauté qui est l'objet de l'article 1522. Ce n'est que dans ce cas que le mari retient la totalité de la communauté, et qu'il est obligé d'en payer toutes les dettes. Les autres clauses énoncées dans l'article 1520, ne lui attribuent pas le même droit, et ne lui imposent pas la même obligation.

395. Le forfait de communauté est une convention par laquelle on convient que l'un des époux pourra retenir toute la communauté, moyennant une certaine somme qu'il paiera à l'autre ou à ses héritiers. On peut faire cette convention, tant au profit du mari qu'à celui de la femme, et contre l'un ou l'autre. Ordinairement on la fait en faveur du mari, et souvent c'est seulement contre les héritiers de la femme.

Ce fut autrefois une question de savoir si le mari était indistinctement obligé de payer la somme convenue, et s'il ne pouvait pas s'en décharger en offrant d'admettre les héritiers de la femme à partage. On disait que la clause n'était mise au contrat qu'au profit du mari, et qu'il pouvait renoncer à ce bénéfice d'après le principe que chacun est le maître de renoncer au droit établi en sa faveur. Cette prétention a été

condamnée justement. Il est évident que la clause ne contient pas une simple faculté accordée au mari; mais une cession, une vente que la femme lui fait dans le cas prévu, (car on peut faire cette stipulation sous différentes conditions) de la part incertaine qu'elle aurait pu avoir dans les biens de la communauté. C'est un contrat aléatoire. Or il est de principe dans ces contrats, que le prix stipulé est dû, quel que soit l'événement. Le mari doit donc payer la somme convenue, en quelque état que se trouve la communauté lors de sa dissolution. Il en aurait profité, si elle se fût trouvée riche. Il en doit supporter la perte si elle est en mauvais état. Il doit payer cette somme quand même il ne se trouverait rien dans la communauté que des dettes. C'est un coup de filet dont le prix ne doit pas moins être acquitté quoiqu'il n'ait rien amené.

Si, à la clause, on avait ajouté les termes, *si tant se trouve*, la somme ne serait due qu'autant qu'il se trouverait dans la communauté de quoi la fournir. Mais alors, pour juger si elle y est, il faut faire déduction des dettes suivant la maxime, *non sunt bona nisi deducto ære alieno.* Si, après cette déduction, il ne restait que la somme convenue, le mari devrait la payer. S'il n'en restait qu'une partie, elle serait due à la femme ou à ses héritiers; et en la payant le mari serait entièrement libéré.

396. Il arrive que la clause est conçue de manière que le mari a véritablement une faculté, en sorte qu'il n'est point soumis à une obligation déterminée. Tel est le cas où il est dit qu'il *sera loisible* au mari, arrivant la dissolution de la communauté, de la retenir en payant une certaine somme; ou qu'il *pourra* la conserver en payant cette somme. Alors il a le choix, ou de payer la somme convenue en gardant les biens de la communauté, à la charge d'en acquitter toutes les dettes, ou d'admettre soit la femme, soit ses héritiers au partage, lequel se fait à l'ordinaire. Lorsqu'il offre ce partage, la femme ou ses héritiers doivent accepter la communauté ou y renoncer. Dans l'un et l'autre cas, le mari ne doit pas

la somme stipulée. Au reste, tant que le mari ne s'est point expliqué, la femme ou ses héritiers ne sont pas tenus de le faire de leur part sur l'acceptation ou la renonciation. Ils doivent même s'en garder, et se borner à demander la somme portée au contrat.

Lorsque la clause dont il s'agit est faite contre la femme nommément, il est clair qu'elle comprend aussi ses héritiers, auxquels elle ne peut pas transmettre plus de droit qu'elle n'en a elle-même. Il en est autrement quand la clause ne parle que de ces derniers. Elle n'exclut point la femme du partage de la communauté. C'est aussi ce que porte le Code civil en l'article 1523. En conséquence, dès que la communauté s'est dissoute au profit de la femme, et que le droit lui a été acquis, il passe à ses héritiers, et le mari ne pourrait plus prétendre user du bénéfice de la clause vis-à-vis d'eux. Si donc la communauté se dissout du vivant de la femme, et qu'elle meure avant d'avoir pris qualité, ses héritiers doivent accepter ou renoncer en la forme ordinaire ; et s'ils acceptent, ils auront droit au partage par moitié.

La clause faite contre les héritiers de la femme comprend ses enfans, même ceux du mariage, comme ses autres parens, soit ascendans, soit collatéraux, et tous ceux qui peuvent exercer ses droits.

397. Cette clause renferme, de la part de la femme, une renonciation à la communauté, moyennant la somme stipulée.

Il suit de là, 1° que lors de la dissolution de la communauté, ceux contre lesquels la convention est faite, soit la femme, soit ses héritiers, n'ont point à s'expliquer. Ils ne pourraient pas accepter.

2° Que le mari qui, en vertu de cette convention, demeure propriétaire de tous les biens de la communauté, à la charge de payer la somme exprimée, peut faire déduction sur cette somme de tout ce que la femme doit à la communauté, soit en indemnités, soit en récompenses. Si ces créances absorbent ou surpassent la somme due, non seulement le mari est quitte, mais la femme ou ses héritiers sont encore débiteurs

envers lui du surplus. Il est évident que la clause peut bien décharger la femme de payer les dettes de la communauté qu'elle ne partage pas, mais non de la remplir des créances que cette communauté a sur elle. Elle doit, lorsqu'elle renonce, les acquitter sur ses propres biens. Elle le doit de même dans l'hypothèse dont il s'agit, puisqu'il y a véritablement renonciation de sa part.

Il faut mettre au nombre de ces créances de la communauté contre la femme, la moitié de ce qui en a été tiré pour doter un enfant commun, quand elle a doté conjointement avec son mari; car, en renonçant à la communauté, elle doit lui tenir compte de tout ce qu'elle y a pris. Il en serait autrement si elle n'avait point été partie à la donation, quand même elle aurait paru au contrat pour donner son consentement.

Cela n'a rien de contraire à ce que nous avons dit précédemment, que le mari qui dote seul un enfant commun des biens de la communauté, est censé doter tant pour lui que pour sa femme. Cela est vrai en cas d'acceptation. Mais si elle renonce, le mari se trouve avoir doté seul, puisqu'il ne pouvait engager sa femme que comme commune. Or, dans le cas où nous sommes, il y a renonciation.

398. 3° De ce que la clause emporte renonciation à la communauté de la part de ceux contre lesquels elle est apposée, il résulte que le mari qui en retient tous les biens doit en supporter toutes les dettes. C'est aussi ce que porte le Code civil. En conséquence, il doit payer, soit à la femme, soit à ses héritiers, tout ce qui leur est dû, tant pour reprises et pour remplois de propres, que pour toutes autres causes que ce soit.

Le Code civil porte aussi, que la femme ou ses héritiers ne sont tenus de ces dettes en aucune manière, même vis-à-vis des créanciers.

Cependant il faut en excepter celles pour lesquelles la femme s'est obligée personnellement. Si elle a contracté conjointement avec son mari, elle est tenue pour moitié. Si

elle s'est obligée solidairement avec lui, elle est tenue pour le tout. Ce n'est pas, à la vérité, comme dettes de la communauté qu'elle doit les acquitter, mais comme dettes qui lui sont personnelles vis-à-vis des créanciers. Elle a un recours contre son mari pour se faire restituer tout ce qu'elle a payé. C'est absolument la même chose que quand elle renonce à la communauté qu'elle avait droit de partager.

399. Lorsque c'est à la femme que l'on a accordé le droit de retenir la communauté, moyennant une certaine somme, ce qui est fort rare ; à moins qu'il ne soit donné indéterminément au survivant des deux époux, auquel cas les héritiers du prédécédé sont seuls exclus du partage, il y a une grande différence entre le mari et la femme. Le mari ou ses héritiers ne peuvent se dispenser de payer à la femme ou à ses héritiers la somme convenue, franche de toutes les dettes de la communauté. Au contraire, ceux-ci peuvent se décharger du paiement de cette somme, en renonçant, et en abandonnant ainsi tous les biens avec les dettes aux héritiers du mari.

Pourraient-ils, en acceptant, se décharger du paiement de cette somme en offrant le partage ?

Il faut répondre que non. La faculté qu'ils ont est de renoncer, ou de payer la somme convenue. Ils ne peuvent pas en réclamer une autre sans changer les conventions du contrat, ce qui ne leur est pas permis.

Mais la femme ou ses héritiers qui usent de la faculté de prendre tous les biens de la communauté, en payant la somme stipulée, jouissent-ils du privilége de n'être tenus des dettes que jusqu'à concurrence de l'émolument ?

Pour la négative, on rappellera tout ce que nous avons dit relativement au mari, que cette clause est un contrat aléatoire ; que c'est un coup de filet ; que dans ce cas, le mari vend de même à la femme sa part dans la communauté : enfin, on argumentera des termes de l'article 1524 du Code civil, qui porte que la femme usant de cette faculté, demeure obligée à toutes les dettes.

Nonobstant ces objections, il faut décider que la femme ou

ses héritiers jouissent toujours de ce privilége. C'est un principe constant qu'ils ne peuvent en aucuns cas être tenus des dettes de la communauté au delà de la valeur des biens qu'ils en recueillent. La femme ne peut pas même renoncer à ce droit. Or, cette clause serait une manière d'y renoncer, si on admettait que la femme qui en profite est obligée aux dettes indéfiniment. Il y a d'ailleurs une grande différence entre le mari et la femme. Le premier peut empêcher la femme de contracter des dettes, et elle ne peut pas en créer qu'il ne connaisse. Au contraire, celle-ci n'a pas le droit de gêner son mari. Il est possible que la communauté qu'elle croyait avantageuse devienne extrêmement mauvaise par l'apparition de dettes dont elle n'avait aucune connaissance. Il serait au pouvoir du mari, au moyen de cette clause, d'absorber les biens propres de la femme.

Il nous reste à observer que cette clause ne change rien aux règles ordinaires de la communauté, sauf celle du partage. Elle n'empêche point qu'elle n'acquière tout ce qui y tombe d'après la loi ou les conventions.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1524 *C. N.* } La raison de la différence entre le mari et la femme, c'est que celle-ci doit toujours avoir droit de renoncer à la communauté, et qu'elle ne peut pas, même par une convention, s'obliger à ne pas user de ce droit. *Voyez* l'article 1453.

Il faut observer que le conjoint qui retient la masse de la communauté, en payant une somme à l'autre, est en droit de retenir sur cette somme les dettes personnelles de l'autre, payées par la communauté, comme aussi il doit payer à l'autre, outre la somme convenue, tout ce que la communauté doit à celui-ci pour ses reprises, remplois de propres, etc. Tel est du moins l'avis de Pothier, n° 455 et 457.

---

* *Rogron, sur art.* 1524 *C. N.* } *Contre la femme.* Il faut cependant excepter le cas où ces dettes sont *personnelles* à la femme ; car, quoiqu'elles soient tombées dans la communauté, nous avons vu que les créanciers n'ont pu perdre leur action personnelle contre la femme : elle pourra donc être poursuivie directement dans ce cas, mais elle aura son recours contre son mari.

Elle a le choix. Si la loi ne lui eût pas accordé ce choix, il en serait résulté que la femme aurait pu indirectement s'interdire le droit de renoncer à la communauté, droit que sa position particulière réclame toujours pour elle (art. 1553).

Voy. *Pothier, Comm.*, cité sur art. 1272 et sur *Cout. d'Orléans*, cité sur art. 1406.

---

* 3 *Delvincourt, p.* 50. } Comme la femme ne peut s'interdire, par aucune convention, la faculté de renoncer à la communauté, elle conserve toujours le choix, ou de payer la somme fixée au mari ou à ses héritiers, en demeurant obligée à toutes les dettes (1), ou de renoncer à la communauté, et de se décharger par là du paiement, non-seulement des dettes, mais encore de la somme convenue.

(1) *En demeurant obligée à toutes les dettes ;* mais sans que cela puisse préjudicier en aucune manière aux actions que les créanciers de la communauté ont contre le mari, qui est toujours personnellement leur obligé, et contre lequel ils auront toujours le droit résultant des articles 1484 et 1485, sauf son recours contre la femme ou ses héritiers, pour être indemnisé de tout ce qu'il a payé.

1411. Lorsque les époux stipulent que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, les héritiers de l'autre ont	1411. When the consorts stipulate that the whole of the community shall belong to the survivor, or to one of them only, the heirs of the other

droit de faire reprise des apports tombés dans la communauté du chef de leur auteur.

Cette stipulation n'est qu'une simple convention de mariage et non une donation sujette aux règles et formalités applicables à cette espèce d'acte.

have a right to take back what had been brought into the community by the person they represent.

Such a stipulation is but a simple marriage covenant, and is not subject to the rules and formalities applicable to gifts.

---

* *C. N.* 1525. } Il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté, du chef de leur auteur.

Cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fonds, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage, et entre associés.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1525 *C. N.* } C'est-à-dire, qu'elle ne peut être querelée comme n'étant pas dans la forme exigée pour les donations; ou comme étant un avantage indirect, ou encore comme étant sujet aux mêmes droits bursaux que les donations.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1525 *C. N.* } 400. La convention prévue par cet article est très-extraordinaire. Nous ne connaissons aucun auteur qui en parle, et nous n'en avons encore vu aucun exemple.

Le premier projet l'avait aussi prévue. Il ne la permettait que dans le cas où il n'y aurait pas d'enfans du mariage ; en

sorte qu'elle n'aurait pu avoir d'effet lorsqu'il se serait trouvé des enfans issus du mariage au temps de sa dissolution.

Les membres de la section du Conseil ont supprimé cette condition. Il s'ensuit que l'existence des enfans ne sera point un obstacle à l'exécution de cette stipulation, à moins que cela ne soit exprimé.

Il est évident que cette convention est un gain de survie. En conséquence elle ne doit avoir lieu que dans le cas de la mort d'un des conjoints. Autrefois même il n'y aurait eu que la mort naturelle qui aurait donné ouverture à ce droit; mais suivant le principe qui fait produire à la mort civile absolument les mêmes effets, il faut décider que le droit s'ouvrira dans le cas où l'un des conjoints sera condamné à une peine emportant la mort civile.

Dans les cas où la communauté se dissout du vivant des deux parties, soit par le divorce, soit par une séparation de corps ou de biens, cette clause ne peut pas s'exécuter, puisqu'il n'y a pas de survivant. Mais son effet n'est pas pour cela anéanti. Il n'est que suspendu comme celui de tous les autres droits éventuels qui dépendent du prédécès de l'un des conjoints. En conséquence, il faut se conduire comme à l'égard du préciput; liquider la communauté, et la partager à l'ordinaire comme si la clause n'existait pas. Chaque époux conserve contre la succession de celui qui prédécédera le droit de répéter la moitié que celui-ci aura eue dans la communauté. Observez que le mari ne doit point être assujetti à donner caution. La loi ne l'exige pas; et comme cette condition est très-difficile à remplir, elle doit être restreinte aux cas où elle est expressément prescrite. Les dispositions rigoureuses ne doivent point s'étendre d'un cas à un autre.

Cette convention contenant un avantage au profit du survivant, il en résulte que l'époux qui a donné lieu au divorce pour cause déterminée, ou à la séparation de corps, en est privé. Il n'y a donc que celui qui a obtenu l'un ou l'autre qui conserve ce droit.

401. Le premier projet ne parlait, relativement à la reprise

que les héritiers du prédécédé ont droit de faire, que des apports. Les membres de la section de Législation n'étaient pas allés plus loin dans l'article de leur projet, qui, suivant le procès-verbal, a été adopté tel qu'il était et sans discussion. On ne voit pas quand et comment on a ajouté ce qui concerne les capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. Il ne faut appliquer cette disposition qu'aux capitaux et meubles sujets à reprise, et non à ceux qui ne seraient pas compris dans la clause expresse ou tacite de réalisation ou de reprise d'apport. Si, par exemple, les conjoints n'ont stipulé la reprise que des meubles qu'ils avaient lors du mariage, les capitaux et autres meubles qui leur sont échus depuis, sont tombés irrévocablement dans la communauté. Les héritiers du conjoint prédécédé n'en pourront pas exercer la reprise dans le cas de la clause dont il s'agit.

Cela est évident. Qu'est-ce qui doit appartenir au survivant ? C'est la communauté. C'est donc la communauté telle qu'elle se compose, soit en vertu de la loi, soit en vertu des conventions des parties.

Il faut en faire la liquidation comme si on devait en venir au partage. Chaque partie doit exercer les reprises qui lui appartiennent, et acquitter ce dont elle est débitrice ; et ces opérations faites, la communauté appartient entière au survivant. Si c'est le mari, les héritiers de la femme doivent faire déduction sur ses reprises et créances, de tout ce qu'elle peut devoir à la communauté, suivant les principes et les règles ci-devant exposés.

Il n'est pas douteux que le survivant qui, en vertu de cette clause, prend toute la communauté, est obligé d'en payer toutes les dettes qui sont une charge inséparable des biens.

Mais la femme a toujours le droit de renoncer quand elle ne trouve point la communauté avantageuse ; et lors même que la croyant profitable, elle l'a prise, elle jouit toujours du privilége de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence des biens.

Quoique, suivant le §. de cet article, cette clause ne soit

point regardée comme une donation, ni quant au fonds, ni quant à la forme, il n'en est pas moins constant qu'elle renferme, en faveur de celui qui en profite, un avantage qui, en conséquence, est sujet à réduction en cas de secondes noces. C'est aussi ce qui résulte de l'article 1527 ci-après.

---

* *Rogron, sur art.* 1525 *C. N.* } *La reprise.* Parce qu'autrement il y aurait avantage indirect de ces apports.

Voy. *Zachariæ*, cité sur art. 1406.

---

* 3 *Delvincourt, p.* 50. } La clause par laquelle il est stipulé que la totalité de la communauté appartiendra à l'un des époux, ou à celui des deux qui survivra, n'est point regardée comme un avantage sujet aux règles des donations, soit quant au fonds, soit quant à la forme, mais seulement comme une convention de mariage et entre associés, pourvu toutefois que le contrat renferme la faculté, au profit de l'autre époux ou de ses héritiers, de reprendre ses apports, ainsi que les capitaux tombés dans la communauté, de son chef. (1)

(1) *Ainsi que les capitaux tombés dans la communauté, de son chef.* Autrement il est évident qu'il y aurait donation des biens personnels de l'époux prédécédé. Mais, même avec cette clause, cette convention, dans le cas de secondes noces, n'en serait pas moins regardée comme un avantage réductible à la proportion déterminée par l'article 1093.

---

§ 7. *De la communauté à titre universel.*

1412. Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une com-

§ 7. *Of community by general title.*

1412. The consorts may establish by their contract of marriage a general com-

munauté universelle de leurs biens, tant meubles qu'immeubles, présents et à venir, ou de tous leurs biens présents seulement, ou de tous leurs biens à venir seulement.

munity of their property both moveable and immoveable, present and future, or of all their present property only, or of their future property only.

---

* *C. N.* 1526. } Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens, tant meubles qu'immeubles, présens et à venir, ou de tous leurs biens présens seulement, ou de tous leurs biens à venir seulement.

---

* *ff. Liv.* 17, *Tit.* 2, *Pro socio*, *L. L.* 3, 7. } *L.* 3. Ea vero quæ in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem præstare debent. (PAULUS).

L. 7. Coïri societatem et simpliciter licet : et si non fuerit distinctum, videtur coïta esse universorum, quæ ex quæstu veniunt : hoc est, si quod lucrum ex emptione, venditione, locatione, conductione descendit. (ULPIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 3. Les créanciers de chaque associé restent dans le même état, mais ils doivent à cet égard se transporter réciproquement leurs actions. (PAUL).

L. 7. On peut contracter une société purement et simplement ; et alors si on n'a fait aucune réserve, la société est générale : elle a pour objet tous les biens que gagnent les associés en conséquence d'une vente ou d'un loyer. (ULPIEN).

---

4 *Zachariæ* (*Massé et Vergé*) § 658. } La communauté de biens universelle comprend, outre les biens qui entrent dans la communauté légale, tous les autres biens des époux, par conséquent aussi et spécialement

les immeubles, possédés par les époux au jour de la célébration du mariage ou acquis par eux pendant le mariage (1), art. 1526 (2).

La communauté de biens légale étant la règle et la communauté universelle l'exception, il en résulte que la clause du contrat de mariage qui met dans la communauté tous les biens des futurs époux ne doit s'entendre que des biens présents et ne doit pas être étendue aux biens à venir (3).

(1) La communauté de biens universelle entre époux fait donc exception à la règle de l'art. 1837, alin. 2. L'art. 1840 n'est pas non plus applicable à cette communauté, arg. art. 1527, alin. 3. V. Bellot, 3, p. 319, et *sup.* § 637. [C'est entre époux seulement que la loi permet une société universelle de biens présents et à venir, art. 1837. De ce que la communauté est un pacte de société, dans lequel il entre autre chose que des biens, et où les avantages de l'association, le travail et l'industrie commune entrent également comme apport, il en résulte que la stipulation de communauté même universelle est exclusive de toute idée de donation, pourvu, bien entendu, que l'association soit sérieuse, et que la stipulation de communauté universelle ne fût pas un moyen frauduleux d'avantager l'un des époux, Cass., 3 avril 1843, S. V., 41, 1, 291; Rodière et Pont, 2, n. 122 et s.; Troplong, n. 2189 et s.—L'art. 1527 permet également aux enfants d'un précédent mariage d'attaquer toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'art. 1098.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) [Quand les immeubles présents ou à venir sont mis en communauté par un seul des époux, il n'y a pas communauté universelle, il y a clause d'ameublissement. V. le paragraphe qui précède. Cependant, si un seul des époux a des immeubles présents, et que les deux époux mettent en communauté tous leurs biens présents, ou tous leurs biens présents et à venir, il y a communauté universelle.] (MASSÉ et VERGÉ).

(3) Bellot, 3, p. 318; Duranton, 15, n. 221 et s. [La communauté universelle, étant une dérogation au droit commun, ne se présume pas et doit être expressément stipulée, Troplong, n. 2193. Et quand elle a été stipulée, son effet doit être renfermé dans les termes de la stipulation. Ainsi, une stipulation de communauté universelle ne comprend que les biens présents, s'il n'a pas été exprimé qu'elle comprendrait les biens présents et à venir, Odier, 2, n. 827; Rodière et Pont, 2, n. 127; Marcadé, sur l'art. 1526.—*Contrà*, Troplong, n. 2194 et s.] (MASSÉ et VERGÉ.)

[ARTICLE 1412.]

La communauté universelle comprend, pourvu toutefois qu'il y ait stipulation suffisante, la totalité des biens présents et à venir des époux, soit meubles, soit immeubles, et de quelque manière qu'ils aient été acquis. Le mari en est le chef (1) ; la masse des biens dont elle se compose est partagée également entre les époux (2), et les règles de la communauté légale lui sont en général applicables, à moins qu'il n'y ait été dérogé par les conventions particulières du contrat de mariage.

La clause de communauté universelle ne fait pas obstacle a ce qu'un tiers qui dispose en faveur de l'un ou de l'autre des époux, soit par donation, soit par testament, exclue la chose donnée ou léguée de la communauté (3).

Les dettes des époux, antérieures à la célébration du mariage ou qui grèvent les biens acquis par eux à titre gratuit pendant le mariage, sont généralement dettes de la communauté, de même que celles qui sont contractées par le mari pendant le mariage, ou par la femme, avec le consentement du mari (4). Cependant les dispositions des art. 1424, 1438 et 1439 sont applicables au cas de communauté de biens universelle comme en matière de communauté légale (5).

---

* *Maleville, sur art.* 1526 *C. N.* } Cet article contient une dérogation à la règle générale établie par l'art. 1837, qui prohibe toute stipulation tendant à mettre en société les biens qui peuvent avenir aux associés par succession, donations ou

(1) [Troplong, n. 2199.]

(2) Troplong, n. 2202.]

(3) Bellot, 3, p. 316 ; [Rodière et Pont, 2, n. 134 ; Troplong, n. 2197 ; Marcadé, sur l'art. 2126.] (Massé et Vergé.)

(4) [Odier, 1, n. 831 ; Rodière et Pont, 2, n. 133 ; Troplong, n. 2200 ; Marcadé, sur l'art. 1526.] (Massé et Vergé.)

(5) Bellot, 3, p. 317 ; [Odier, 2, n. 831 ; Rodière et Pont, 2, n 134 ; Troplong, n. 2201] (Massé et Vergé.)

legs. Au surplus, quant aux sociétés universelles dont parle notre article, *voyez* la section première, chap. 2 du titre *de la société.*

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1526 *C. N.* } 402. Il faut remarquer d'abord que l'intention des parties à cet égard doit être énoncée d'une manière très-claire, parce que cette sorte de communauté ne se présume point (*L.* 7, *ff. pro soc*) S'il était dit, par exemple, au contrat, que les futurs conjoints seront communs en tous biens meubles et immeubles présens et à venir, on ne regarderait pas ces termes comme établissant une communauté universelle de tous biens. On les considérerait comme une clause ordinaire mal énoncée, et il n'en résulterait que la communauté légale. Une convention insolite et extraordinaire ne peut se supposer par induction.

Lorsque l'intention des parties est clairement exprimée, et qu'elles n'ont point fait d'exception, tous les biens que les conjoints possèdent au jour de la célébration du mariage, soit meubles, soit immeubles, deviennent à cet instant même communs entre eux (*L.* 1, §. 1, *L.* 2, *ff. pro soc.*) De même tout ce qui échoit à l'un ou à l'autre pendant la durée de cette communauté, à quelque titre que ce soit, même de succession, donation ou legs, et tout ce qu'il acquiert y tombe aussi. Quelque protestation même qu'il y eût dans le contrat d'acquisition que l'achat est fait pour le compte particulier de l'acquéreur, la chose achetée ne laisse pas d'entrer dans la communauté. Mais un donateur peut apposer à sa libéralité la condition que la chose par lui donnée n'entrera pas dans cette communauté, et cette condition s'exécute.

403. Cette communauté recevant tous les biens présens et à venir des conjoints, elle doit également supporter toutes les dettes présentes et futures. Ainsi elle est chargée de toutes celles dont chacun des conjoints était grevé lors du mariage, et de toutes les dépenses qui seront à faire depuis, soit pour eux, soit pour leurs enfans, soit pour leurs biens-

[ARTICLE 1412.]

Cependant cette communauté n'est point tenue des amendes et réparations civiles auxquelles la femme aurait été condamnée pour quelque délit, à moins que la communauté n'ait profité des fruits de ce délit.

Le mari jouit, à l'égard de cette communauté, de toute l'étendue de pouvoir qu'il a dans les cas ordinaires.

Le premier projet ne parlait que de la société ou communauté universelle de tous les biens présens et à venir. Ce sont les membres de la section de Législation qui ont rédigé la disposition telle qu'elle est maintentant. Il en résulte que les parties peuvent restreindre la communauté universelle aux biens présens, ou aux biens à venir.

Dans le premier cas, il n'y a que les biens qui leur appartiennent au temps du mariage, soit meubles, soit immeubles, qui tombent dans la communauté. Ceux qui leur adviennent depuis par succession, donation ou legs, soit meubles, soit immeubles, pourvu qu'ils soient constatés par inventaire ou autres titres équivalens, n'y tombent pas. Ils demeurent propres au conjoint à qui ils sont échus.

Que faut-il dire des acquisitions faites pendant la durée de la communauté à titre onéreux ? Il n'y a nul doute qu'elles doivent y tomber, puisqu'elles ont été faites de ses deniers.

Dans le cas contraire, c'est-à-dire si la communauté universelle a été restreinte aux biens à venir, ceux que les époux avaient lors du mariage, tant en meubles qu'immeubles, en sont exclus. Ces biens doivent pour cela être constatés, soit par le contrat de mariage même, soit par un inventaire ou autre titre authentique. A défaut de ces actes, la femme ne peut pas être reçue à faire preuve par témoins ni par commune renommée, parce qu'avant le mariage il a été en son pouvoir, ou en celui de ses parens, d'établir cette preuve, et que le mari n'était pas encore chargé de ce soin vis-à-vis d'elle.

404. Suivant les Lois Romaines, relatives à cette espèce de société, il n'y avait que ce que chacun des associés acquérait pendant sa durée, par quelque titre de commerce, comme

achat, louage ; ou par suite de l'exercice de sa profession, comme solde, appointemens ou salaires, qui en fit partie. Ce qui pouvait lui venir par succession, donation ou legs, n'y entrait pas.

On ne doit pas suivre cette règle à l'égard de la communauté dont il s'agit. Elle reçoit tout ce que les conjoints acquièrent depuis le mariage, à quelque titre et de quelque manière que ce soit, tant en meubles qu'en immeubles.

Il est évident que cette communauté n'est point tenue des dettes des conjoints antérieures au mariage.

Dans ces deux cas, il y a lieu aux reprises, remplois et récompenses, suivant les principes ordinaires.

On a élevé la question de savoir si, lorsque les époux ont stipulé une communauté universelle de tous biens, sans s'expliquer davantage, elle comprend les biens présens, ou seulement ceux à venir ? Lebrun tient qu'elle ne doit comprendre que les biens postérieurs au mariage. Il se fonde sur la Loi 7 au Digeste, qui porte, *coïri societatem simpliciter licet, et si non fuerit distinctum, videtur coïta esse universorum quæ ex quæstu veniunt.*

Cette loi, comme on voit, ne s'applique pas précisément au cas où nous sommes. Elle est pour celui où les parties ont contracté purement et simplement société, sans expliquer quels biens elles entendent mettre en société. Dans notre espèce, les parties ont dit que c'est universellement tous leurs biens. Or, qui dit tout n'excepte rien. Aussi M. Pothier balance sur cette question ; et sans se décider d'une manière ferme, il penche pour l'opinion contraire à celle de Lebrun.

Nous n'adoptons pas le sentiment de M. Pothier. En convenant que les termes de la clause supposée ont plus d'étendue que le texte de la Loi Romaine, nous pensons qu'une convention telle que celle dont il s'agit, doit toujours être entendue dans le sens le plus étroit ; qu'en conséquence les biens présens des époux ne doivent tomber dans cette communauté que quand ils les y ont expressément compris. Autrement ils ne doivent être censés avoir contracté la

société que pour le temps à venir, et par conséquent pour les biens qu'ils auront dans la suite.

405. Le premier projet avait, pour le cas de la communauté universelle de tous biens présens et à venir, diverses dispositions, dont plusieurs, quoique ne se trouvant pas dans la nouvelle rédaction, peuvent servir de commentaire à l'article sur lequel nous écrivons.

D'abord il prohibait la convention dans le cas où les époux, ou l'un d'eux est mineur. Cette disposition a été supprimée. Elle est en effet contraire à celle qui déclare le mineur capable, dans son contrat de mariage, de toutes les espèces de conventions, lorsqu'il est assisté et autorisé de ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage. Il s'ensuit que le mineur peut, sous cette condition, consentir valablement cette espèce de communauté. Il ne le pourrait pas avec la seule autorité de son tuteur: encore moins seul. Dans l'un et l'autre cas, il pourrait se faire restituer.

Les auteurs du premier projet avaient encore interdit cette convention au père ou à la mère, qui, ayant des enfans d'un précédent mariage, convole à de secondes ou ultérieures noces. De la suppression de cette défense, il résulte que le conjoint qui a des enfans d'un précédent mariage peut faire cette stipulation; mais l'avantage qui en résulte en faveur de l'autre époux sera réductible, conformément à la disposition des articles 1496 et 1527.

Tout ce que nous venons de dire a lieu pour la communauté restreinte aux biens présens ou à ceux à venir, comme à celle qui comprend les uns et les autres.

Enfin, les auteurs du premier projet avaient exprimé que, dans le cas où les époux ont établi une communauté universelle de tous leurs biens présens et à venir, il n'y a lieu au profit ni de l'un, ni de l'autre, à aucun prélèvement, et que toute la masse des biens existans se partage par moitié.

Ils avaient ajouté que la femme renonçante n'a aucune reprise à exercer; qu'elle est seulement déchargée de l'obligation de contribuer aux dettes.

Tout cela est évident. Quoique la disposition ait été retranchée, le principe n'en est pas moins constant et certain. Il est une suite nécessaire de la nature et des effets de cette espèce de communauté, qui englobe tout ce qui peut appartenir aux conjoints. Lors donc que la femme l'abandonne, elle ne peut avoir rien à répéter.

On voit combien il faut se garder, pour la femme, de consentir à une pareille communauté, qui l'expose à la perte de sa fortune entière.

---

* *Rogron, sur art.* 1526 *C. N.* } *Une communauté universelle.* C'est une espèce d'*ameublissement* général de leurs immeubles *présents*, s'ils n'ont stipulé que la communauté universelle de leurs biens présents ou simplement de leurs biens (argum. art. 1542); de leurs immeubles *présents et à venir*, s'ils ont embrassé dans leur stipulation même les biens à venir. Le mari devient maître de tous les biens en sa qualité de chef de la communauté, et il peut les aliéner sans le consentement de sa femme. Cette clause, que la faveur du contrat de mariage a introduite, forme exception aux principes des sociétés ordinaires (art. 1837).

Dispositions communes aux articles de cette section.

1413. Ce qui est dit aux articles ci-dessus ne limite pas à leurs dispositions précises les stipulations dont est susceptible la communauté conventionnelle.

Les époux peuvent faire toutes autres conventions, ainsi qu'il est dit aux articles 1257 et 1384.

Provisions common to the articles of this section.

1413. The above articles do not confine to their precise provisions the stipulations of which conventional community is susceptible.

The consorts may make any other covenants, as mentioned in articles 1257 and 1384.

[ARTICLE 1413.]

* *C. N.* 1527. } Ce qui est dit aux huit sections ci-dessus, ne limite pas à leurs dispositions précises les stipulations dont est susceptible la communauté conventionnelle.

Les époux peuvent faire toutes autres conventions, ainsi qu'il est dit à l'article 1387, et sauf les modifications portées par les articles 1388, 1389 et 1390.

Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfans d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au delà de la portion réglée par l'article 1098, au titre *des Donations entre-vifs et des Testamens*, sera sans effet pour tout l'excédant de cette portion : mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfans du premier lit.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1527, *C. N.* } 406. Les deux premières dispositions de cet article ne demandent aucune réflexion.

A l'égard de la troisième, qui a été ajoutée par les membres de la section de Législation, et qui ne se trouvait point au premier projet, nous devons faire observer qu'il y a un défaut de rédaction. Les termes, *qui tendrait à donner à* L'UN *des époux au delà de la portion réglée*, présentent naturellement la conséquence que la prohibition des donations, en cas de secondes noces, est réciproque entre les conjoints, et que l'un ne peut pas donner à l'autre plus qu'il n'en reçoit. Cependant ce serait une erreur d'admettre cette conséquence. La prohibition n'est établie que contre l'époux qui a des enfans vis-à-vis de l'autre. Celui-ci peut faire librement telle donation que bon lui semble. Il aurait fallu dire, *toute convention qui tendrait dans ses effets à donner* AU SECOND ÉPOUX au delà de la portion réglée.

Au reste, le véritable sens de cette disposition est fixé par les derniers termes de ce paragraphe, desquels il résulte que

la prohibition n'est établie qu'en faveur des enfans du premier lit.

---

* 21 *Merlin, Rép. V. Noces (secondes)* } Arrêt du 24 mai 1808,
§ *VII, art.* 11, *n°* 4, *p.* 215, 216. } par lequel,

" Vu les art. 1098, 1525 et 1527 du Code civil;

" Considérant que les arts. 1098 et 1099 déterminent et limitent, d'une manière positive, l'avantage qu'un époux veuf avec ses enfans d'un premier lit, qui passe à de secondes Noces, peut faire à son second époux, et que la réduction de tout ce qui tend directement ou indirectement à excéder cet avantage, est également ordonnée, d'une manière expresse, au profit des enfans d'un premier lit;

" Considérant que, si l'art. 1525 permet en général aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant d'entre eux, l'effet de cette disposition générale ne peut s'étendre au cas particulier de l'existence d'enfant d'un premier lit; ce qui résulte clairement de l'art. 1527, où le législateur excepte formellement de la liberté presque illimitée des conventions matrimoniales, établie par divers articles précédens, toute convention qui tendrait à porter atteinte à la réserve légale dévolue aux enfans d'un premier lit;

" Considérant, enfin, que les dernières expressions du même art. 1527 ne peuvent avoir évidemment pour objet que d'autoriser le partage égal des bénéfices des communautés, dans lesquelles des mises inégales ont eu lieu, sans que ce partage égal puisse être réputé avantage au profit de celui des époux dont la mise a été moindre que celle de l'autre époux; mais qu'on ne peut l'étendre à une stipulation qui appellerait l'époux survivant à la propriété de la totalité de ces mêmes bénéfices;

" Qu'il suit de là qu'en décidant que la stipulation du contrat de mariage des sieur et dame Richard, qui appelait le survivant d'eux à la propriété de toute la communauté mobilière, nonobstant l'existence d'enfans du premier lit du sieur

Richard, devait avoir son effet indépendamment de la part d'enfant que ce même contrat assurait à la dame Richard, sur les biens propres du sieur Richard, et en refusant à la demoiselle Richard l'exercice de l'action en retranchement sur le tout, l'arrêt de la cour d'appel de Douai a faussement appliqué les arts. 1525 et 1527 du Code civil, et par suite violé les arts. 1098 et 1099 du Code ;

" La cour casse et annulle...... ".]]

C. C. B. C., art. 764. } [Les prohibitions et restrictions des donations et avantages par un futur conjoint dans le cas de secondes noces n'ont plus lieu.]

---

* 5 *Toullier, n°* 893, *p.* 817. } L'inégalité dans la valeur du mobilier que chacun des deux époux apporte en se mariant dans la communauté légale, a toujours été regardée comme un avantage fait au second époux, et comme telle sujette à réduction, comme dans le cas de la communauté conventionnelle. (Pothier, Comm., n° 551.)

Les personnes qui ont des enfans et qui se remarient, doivent donc avoir la précaution de régler les apports respectifs dans leur contrat de mariage, si elles veulent prévenir les contestations qui peuvent s'élever après leur mort sur le plus ou le moins d'apports de l'un des deux : c'est le conseil de la prudence. (*Voy.* Ricard, part. 3, n° 1200 ; Lebrun, des Successions, liv. 2, chap. 6, sect. 1, dist. 4, n° 10 et suivans.

1414. La communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale, pour tous les cas où il n'y a pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat.

1414. Conventional community remains subject to the rules of legal community in all cases where they have not been implicitly or explicitly departed from by the contract.

[ARTICLE 1415.]

* *C. N.* 1528. } La communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale, pour tous les cas où il n'y a pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat.

Voyez *Delvincourt*, cité sur art. 1271.

---

* 3 *Delvincourt*, *p.* 40. } Nous avons dit que le contrat de mariage était susceptible de toutes les stipulations que les époux ou leurs familles jugeraient convenables, pourvu qu'elles n'eussent rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs.

Mais comme il était impossible de prévoir toutes les conventions qui pouvaient être faites à ce sujet, le Législateur s'est contenté d'indiquer les principales, ou celles qui sont le plus en usage, sans entendre pour cela préjudicier au droit qu'ont les époux, de faire toutes autres conventions non prohibées; et sans déroger d'ailleurs aux règles de la communauté légale, à laquelle les époux restent soumis, dans tous les points auxquels il n'est point dérogé implicitement ou explicitement par le contrat.

---

* 12 *Pand. frs.*, *sur art.* 1528 *C. N.* } La règle énoncée ici ne peut donner lieu à aucune difficulté.

---

§ 8. *Des conventions exclusives de la communauté.*

1415. Lorsque les époux déclarent qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils seront séparés de biens, les effets de ces stipulations sont comme il suit.

§ 8. *Of covenants excluding community.*

1415. When the consorts stipulate that there shall be no community, or that they shall be separate as to property the effects of such stipulations are as follows.

[ARTICLE 1415.]

* *C. N.* 1529. } Lorsque, sans se soumettre au régime dotal, les époux déclarent qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils seront séparés de biens, les effets de cette stipulation sont réglés comme il suit.

---

* 3 *Delvincourt*, *p.* 51. } Le régime exclusif de communauté, est celui qui tient le milieu entre le régime en communauté et le régime dotal.

Il diffère principalement de ces deux régimes, savoir : du premier, en ce qu'il n'y a, entre les époux, aucune communauté, soit légale, soit conventionnelle : et du second, en ce que les immeubles dotaux, quand il en existe, peuvent toujours être aliénés avec le consentement du mari, ou, à son refus, avec l'autorisation de justice.

Le régime exclusif de communauté a lieu dans deux cas : lorsque les époux déclarent qu'ils se marient sans communauté ; ou lorsqu'ils stipulent la séparation de biens.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1529 *C. N.* } L'article en lui-même ne demande aucune explication.

On a prévu auparavant les cas où les parties peuvent exclure la communauté, sans se soumettre au régime dotal.

En effet, toute exclusion de communauté ne soumet pas les effets du mariage à ce régime. Il arrivait souvent, dans les pays coutumiers, que les conjoints stipulaient qu'il n'y aurait point entre eux de communauté, ou qu'ils demeureraient séparés de biens. Leur union n'était pas pour cela assujettie aux Lois Romaines. Il peut encore en être de même aujourd'hui.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1529 *C. N.* } Si l'on veut que les conventions du mariage soient réglées d'après le régime dotal, il faut le dire expressément. *Voyez* cependant l'obser-

vation sur l'article 1392. Il résulte de cet article et du nôtre, qu'il y a un parti mitoyen entre le régime dotal et celui de la communauté, et que, parce qu'on exclut la communauté, on n'est pas pour cela censé se soumettre au régime dotal.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Introd. tit.* 10, *Cout. d'Orléans*, *n*° 83. } 83. Lorsqu'on est convenu, par le contrat de mariage, qu'il n'y aurait point de communauté entre les futurs conjoints, l'effet de cette clause est que la femme, après la dissolution du mariage, ne peut prétendre aucune part dans les choses acquises par son mari durant le mariage, et qu'elle ne peut demander autre chose que la restitution de ce qu'elle justifiera avoir apporté à son mari.—Mais cette clause ne prive pas le mari du droit de jouir, pendant le mariage, de tous les biens de la femme, *ad sustinenda onera matrimonii.* Il faut, pour l'en priver, ajouter à la clause d'exclusion de communauté, celle-ci, *que les conjoints jouiront séparément de leurs biens.* On appelle cette clause *séparation contractuelle.*

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.*, *n*°s 461 *et s.* } 461. On peut convenir par le contrat de mariage, *qu'il n'y aura aucune communauté de biens entre les conjoints.* L'effet de cette convention est que ni la femme, ni les héritiers de la femme ne peuvent prétendre aucune part, lors de la dissolution du mariage, dans les biens, soit mobiliers, soit immobiliers, que le mari a acquis durant le mariage, à quelque titre que ce soit, ni encore moins dans ceux qu'il avait lorsqu'il s'est marié.

Quand même les acquisitions que le mari a faites durant le mariage, auraient été faites des revenus des biens de la femme, dont le mari a droit de jouir, la femme et ses héritiers n'en seraient pas plus fondés à y prétendre part.

La femme et ses héritiers, en conséquence de cette con-

vention, n'ayant aucune part dans les biens que le mari acquiert durant le mariage, ils ne sont pas tenus des dettes qu'il contracte ; et si la femme s'y était obligée, elle en doit être indemnisée par son mari.

462. Le mari, de son côté, n'a aucune part dans la propriété des biens de sa femme ; mais il a le droit d'en jouir, *ad sustinenda onera matrimonii*, tant de ceux qu'elle a lors du mariage, que de ceux qu'elle acquiert depuis, à quelque titre que ce soit : car c'est une maxime dans nos pays coutumiers, " que tous les biens d'une femme sont réputés dotaux."

Nous ne suivons pas, à l'égard de cette jouissance, la disposition des lois romaines, qui accordaient au mari les fruits de la dot, au prorata du temps qu'avait duré le mariage. Le mari, en cas d'exclusion de communauté, a droit de percevoir à son profit tous les fruits, tant civils que naturels, qui se perçoivent ou naissent durant le temps du mariage, pour se récompenser des charges du mariage qu'il supporte ; de même que, lorsqu'il y a communauté, ces fruits appartiennent à la communauté, pour la dédommager des charges du mariage, qui sont à la charge de la communauté, lorsqu'il y en a une.

463. Le mari, dans le cas de cette convention, n'ayant que le droit de jouir des biens de la femme durant le mariage, il doit, lors de la dissolution du mariage, rendre à la femme ou à ses héritiers tous les biens que sa femme lui a apportés, soit en se mariant, soit durant le mariage.

La femme peut quelquefois en poursuivre la restitution durant le mariage, lorsqu'elle peut établir que les mauvaises affaires du mari mettent sa dot en péril.

Voy. *Pothier*, *Comm.*, cité sur art. 1317.

[ARTICLE 1416.]

I. De la clause portant que les époux se marient sans communauté.

1416. La clause portant que les époux se marient sans communauté ne donne point à la femme le droit d'administrer ses biens, ni d'en percevoir les fruits, lesquels sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage.

I. Of the clause simply excluding community.

1416. The clause which declares that the consorts marry without community does not give the wife the right to administer her property, nor to receive the fruits thereof; these are deemed to be contributed by her to her husband to enable him to bear the charges of marriage.

---

* *C. N.* 1530. } La clause portant que les époux se marient sans communauté, ne donne point à la femme le droit d'administrer ses biens, ni d'en percevoir les fruits; ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage.

Zachariæ (Massé et Vergé), § 664. } Lorsque les futurs époux ont déclaré dans leur contrat de mariage qu'ils se marient sans communauté, la femme conserve la propriété de ses biens, c'est-à-dire la propriété des biens qui lui appartiennent au jour de la célébration du mariage, et de ceux qu'elle acquiert à titre gratuit (1) pendant le mariage, sans distinction entre les meubles et les immeubles. Le mari en conserve l'administration et la jouissance (2), art. 1530 et 1531.

(1) [Ou à titre onéreux.] (Massé et Vergé).

(2) V *sup.*, § 637. — Sur l'interprétation des dispositions du Code, en cette matière, V. § 632, [où se trouve émise l'opinion que les dispositions du Code relatives au régime exclusif de communauté doivent

[ARTICLE 1416.]

De ce que la femme qui se marie sans communauté conserve la propriété de ses biens, ou de son apport, il suit qu'elle supporte les détériorations et les pertes qui atteignent ses biens mobiliers ou immobiliers par suite de cas fortuits (1).

Il en résulte également que le mari ne peut aliéner les biens, meubles ou immeubles de la femme, sans le consentement de celle-ci (2). Mais la femme peut aliéner ses im-

être expliquées et complétées par les dispositions analogues des art. 1542 et s., relatives au régime dotal. Cette opinion a été combattue, avec raison, par plusieurs auteurs. V. Troplong, n. 2234, et Marcadé, sur l'art. 1529. Le régime dotal et le régime exclusif de communauté sont tous les deux *sui generis*, et il n'est pas permis d'étendre à l'un les règles faites pour l'autre. — *Contrà,* Rodière et Pont, 2, n. 778 et s. Cependant nous croyons que rien n'empêche, pour s'éclairer sur une matière, de rechercher dans les dispositions relatives à une autre matière l'indication logique de l'esprit général du législateur, pourvu qu'on n'étende pas d'un cas à un autre des règles contraires au droit commun ou au droit spécial qu'il s'agit d'élucider.] (MASSÉ et VERGÉ)

(1) [C'est-à-dire sans la faute du mari, Troplong, n. 2258. Sur les pertes ou détériorations qui ont pour cause la faute ou la negligence du mari.] —L'art. 1567 est applicable à la clause d'exclusion de communauté, Duranton, 15, n. 283. [En effet, cet article ne contient qu'une application particulière d'un principe général en matière d'usufruit, et qui doit s'appliquer dês lors aussi bien au mari usufruitier en vertu d'une clause d'exclusion de communauté, qu'au mari usufruitier par suite d'une stipulation du régime dotal. V. Marcadé, sur l'art. 1567.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Delvincourt, 3, p. 98; Bellot, 3, p. 339. D'autres auteurs donnent au mari le droit d'aliéner le mobilier de la femmè. Dans tous les cas, il y aurait lieu à l'application de la disposition de l'art. 2279. [Il est certain que le mari n'a pas le droit de vendre seul le mobilier de la femme, à moins qu'il ne soit destiné à être vendu. Mais il est certain que l'achat fait par les tiers de bonne foi est inattaquable, parce que le mari qui avait la possession de la chose vendue en était présumé le propriétaire, Duranton, 15, n. 285; Troplong, n. 2262.—Sur le cas où le mari a aliéné les immeubles de la femme sans autorisation, V la note suivante.] (MASSÉ et VERGÉ.)

meubles, les hypothéquer ou les grever de servitudes, avec l'autorisation de son mari ou de la justice (1), art. 1535.

Il y a exception à la règle d'après laquelle la femme conserve la propriété de ses biens en ce qui touche les choses fongibles. La propriété des choses fongibles passe au mari, en ce sens qu'il n'est tenu plus tard qu'à en restituer la valeur à la femme ou à ses héritiers. Un état indicatif de la valeur de ces biens doit être dressé et annexé au contrat de mariage, et la valeur indiquée dans cet état ou inventaire détermine la somme à restituer (2), art. 1532.

(1) Si cependant la femme, le mari lui ayant refusé son autorisation, n'a été autorisée que par justice, l'aliénation ne peut préjudicier aux droits d'usufruit du mari. V. *sup.*, § 134. — Si le mari a aliéné les immeubles de la femme, sans le consentement de celle-ci, l'art. 1560 est applicable ; cependant la femme ou ses héritiers ont seuls le droit d'attaquer l'aliénation; ce droit n'appartient pas au mari. [Il s'agit ici de la vente de la chose d'autrui, par conséquent d'une vente radicalement nulle, et nous ne voyons pas pourquoi le mari n'aurait pas le droit de l'attaquer, de même qu'il a ce droit sous le régime dotal, sauf à être tenu, s'il y a lieu, des dommages-intérêts de l'acheteur évincé. Quant à la femme, il est évident qu'elle a ce même droit, soit pendant, soit après le mariage, en remarquant toutefois que la prescription de l'action ne court pas contre elle pendant le mariage, parce que ce n'est qu'à la dissolution du mariage qu'elle recouvre sa liberté d'action, arg. art. 1560.] — Si le mari a aliéné les immeubles de la femme, avec le consentement de celle-ci, la restitution du prix est régie par les art. 1433 et s. et 1450, Duranton, 15, n. 264 et 305. [C'est-à-dire qu'il y a lieu au remploi du prix des immeubles de la femme, Troplong, n. 2240.] — Du reste, la clause d'exclusion de communauté diffère essentiellement du régime dotal, en ce que le fonds dotal est inaliénable, tandis que les biens de la femme sont aliénables sous l'empire de la clause dont il s'agit ici, art. 1535 et 1554. [La clause dont s'agit diffère encore en d'autres points du régime dotal. V. Troplong, n. 2134 ; Marcadé, sur l'art. 1529.] (Massé et Vergé.)

(2) L'art. 1532 déroge donc à l'art. 587, [Troplong, n. 2539.] Mais l'art. 1532 ne s'étend pas aux choses qui se détériorent seulement par l'usage, V. Duranton, 15, n. 281 et s. — Si le mari n'a pas satisfait à l'obligation qui lui est imposée, art. 1532, de faire un état estimatif ou un inventaire, il y aura lieu d'appliquer l'art. 1415, Delvincourt, 3, p. 98. [La femme ou

[ARTICLE 1416.]

De ce que le mari a l'administration et la jouissance des biens de sa femme, il résulte qu'il peut louer et affermer les immeubles de sa femme, dans les termes, toutefois, des art. 1429 et 1430; faire le recouvrement des capitaux dus à sa femme, et en donner quittance, le tout sans l'assistance de cette dernière, art. 1531; intenter les actions possessoires ou mobilières appartenant à sa femme; défendre aux actions de cette nature, qui sont formées contre elle (1), art. 1428. V. aussi art. 818.

En vertu de son droit de jouissance des biens de la femme,

ses représentants peuvent alors recourir à tous les moyens de preuve, Troplong, n. 2260.] Du reste, l'art. 1532 ne doit pas être entendu en ce sens qu'il n'y ait lieu de dresser état ou inventaire que des choses fongibles. Il doit être également fait inventaire des autres biens mobiliers de la femme, arg. art. 600. [Le mari doit remplir toutes les obligations qui incombent à l'usufruitier lors de l'ouverture de l'usufruit: il doit donc faire inventaire; mais l'estimation n'est nécessaire que pour les choses fongibles, Troplong, n. 2248; Marcadé, sur l'art. 1532. — *Contrà*, Rodière et Pont, 2, n. 773.—Sur le point de savoir si le mari est tenu de fournir caution comme l'usufruitier ordinaire, V. art. 1504. — Dans le doute sur l'intention des parties, l'estimation des meubles inventoriés vaut vente de ces meubles au mari. [On doit supposer, à moins que l'intention contraire ne résulte soit d'une stipulation expresse, ou de l'ensemble de l'acte, que l'estimation donnée à des meubles qu'il n'était pas nécessaire d'estimer donne au mari le droit d'en disposer, à la charge d'en restituer la valeur estimative,] arg. art. 1551; Duranton, 15, n. 287; [Rodière et Pont, 2, n. 774.]—*Contrà*, Delvincourt, *loc. cit.*; Bellot, 3, p. 339 et 482. Du reste, on fait toujours bien d'abandonner les meubles au mari, sous forme de vente. On écarte ainsi les difficultés auxquelles peut donner lieu la restitution de l'apport. (MASSÉ et VERGÉ.)

(1) Duranton, 15, n. 275 et s. Ce qui a été dit, *sup.*, § 642, des actions pétitoires, dans le cas où il y a communauté de biens entre les époux, s'applique aussi aux actions pétitoires qui ont les immeubles de la femme pour objet. Duranton, 15, n. 278, est d'un autre avis. Il refuse au mari le droit d'intenter les actions pétitoires de sa femme, sous réserve de l'exception contenue dans l'art. 818. [V. *sup.*, § 642, note 23. V. aussi Troplong, n. 2253 et s.—Sur l'action en partage, autorisée par l'art. 818, V. Troplong, n. 2256.] (MASSÉ et VERGÉ.)

le mari perçoit tous les fruits et profits qui appartiennent à un usufruitier (1). Les gains qui proviennent du travail ou de l'industrie de la femme (2) appartiennent également au mari : la femme n'a droit qu'aux choses qu'elle possédait au jour de son mariage, ou qu'elle a acquises pendant le mariage à titre gratuit ou à titre onéreux, mais avec ses propres deniers et en son propre nom (3). V. § 674.

Comme administrateur et comme usufruitier des biens de la femme, le mari est tenu de diverses obligations.

Ainsi il est tenu d'administrer en bon père de famille, arg. art. 1428, alin. 3. Il répond, par conséquent, envers sa femme, de tout dommage et de toute perte, que les biens de celle-ci auraient soufferts par sa négligence (4).

(1) Duranton, 15, n. 267 et s.

(2) Duranton, 15, n. 259; [Troplong, n. 2250; Marcadé, sur l'art. 1532.] V. cependant Bellot, 3, p. 350, [et Massé, 3, n. 367 et 453.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) Duranton, 15, n. 261 et s. [Mais il y a doute sur le point de savoir si, au cas d'une acquisition faite par la femme en son propre nom, elle est tenue de prouver l'origine et la propriété des deniers. Nous ne croyons pas qu'elle soit tenue de faire cette preuve, et nous ne voyons pas sur quoi se baserait, en droit français, une présomption de fraude par suite de laquelle les deniers employés par la femme devraient, jusqu'à preuve contraire, être considérés comme la propriété du mari. C'est, au contraire, à ceux qui prétendent que l'acquisition faite par la femme a été payée des deniers du mari, à prouver leur articulation, Pau, 10 juin 1832, S. V., 33, 2, 240 ; Agen, 22 juin 1833, S. V., 34, 2. 143 ; Montpellier, 14 janv. 1843, S. V., 43, 2, 222; Marcadé, sur l'art. 1532. V. cependant Riom, 22 fév. 1809 ; Cass., 11 janv. 1825, et 1er juill. 1829: Bordeaux, 19 mars 1830; Aix, 21 mars 1832, S. V., 32, 2, 435 ; Toulouse, 16 déc. 1834, S. V. 35, 2, 74. V. aussi Troplong, n. 2244 et s.] (MASSÉ et VERGÉ.)

(4) [Rodière et Pont, 2, n. 777 ; Troplong, n. 2257 ; Marcadé, sur l'art. 1532.] Mais le mari ne devrait aucune indemnité pour les détériorations qui seraient une conséquence de l'usage naturel des choses, ou l'effet du temps, Delvincourt, 3, p. 98 ; Bellot, 3, p. 341 ; [Troplong, n. 2258 ; Marcadé, *loc. cit.* ;] Paris, 12 mai 1813. (MASSÉ et VERGÉ.)

Ainsi encore, il supporte toutes les charges qui incombent à l'usufruitier et pourvoit seul à toutes les dépenses du ménage, art. 1530 et 1533. Mais il n'est point tenu, à moins de convention particulière, de fournir la caution exigée de l'usufruitier ordinaire (1), arg., art. 1550.

Le mari n'est point tenu personnellement des dettes de la femme, c'est-à-dire sur ses biens personnels (2) ; le payement de ces dettes ne peut être poursuivi que sur les biens de la femme, soit sur la pleine propriété de ces biens, lorsqu'il est prouvé que les dettes ont été contractées par la femme avant le mariage, ou si elles grèvent les biens que la femme a acquis à titre gratuit pendant le mariage, soit sur la nue propriété des biens de la femme, lorsque les dettes ont été contractées pendant le mariage, mais avec l'autorisation du mari (3). De leur côté, les créanciers du mari n'ont aucune action contre les biens de la femme, en ce qui concerne du

(1) Bellot, 3, p. 347 ; Duranton, 15, n. 270 ; [Troplong, n. 2248 ; Marcadé, sur l'art. 1532 : la raison de cette différence, c'est que la jouissance du mari est un usufruit légal.] V. aussi *sup.*, § 307, notes 11 et s. On ne saurait non plus exiger du mari le remplacement des capitaux de la femme qu'il a reçus. (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) Ainsi l'art. 1419 n'est point applicable au régime exclusif de la communauté, Duranton, 15, n. 294. (MASSÉ et VERGÉ.)

(3) Duranton, 15, n. 291 et s. V. art. 1410, 1413, et *sup.*, § 134. [Il faut donc distinguer, en ce qui touche les dettes de la femme, celles qui ont une date certaine antérieure au mariage, art. 1410, et celles qui sont postérieures au mariage. Les premières ont pour gage la pleine propriété des biens de la femme, parce que le fait du mariage et les conventions intervenues entre le mari et la femme, en attribuant au mari l'usufruit de ces biens, dans l'intérêt de la femme elle-même et du ménage commun, n'ont pu porter atteinte aux droits acquis des créanciers. Les secondes ne peuvent être poursuivies que sur la nue propriété des biens de la femme, parce que, au moment où elles ont été contractées, les créanciers n'ont pu compter sur la pleine propriété et qu'ils sont tenus dès lors de respecter l'usufruit du mari, Odier, 2, n. 934 ; Troplong, n. 2268.—*Contrà*, Montpellier, 18 juin 1840, S. V., 40, 2, 413 ; Marcadé, sur l'art. 1532.] (MASSÉ et VERGÉ.)

moins la propriété de ces biens, et pourvu que la consistance de ces biens soit régulièrement constatée (1). V. art. 1499 et 1510.

Le droit d'administration et de jouissance du mari sur les biens de sa femme cesse, soit lorsque le mariage est dissous par l'effet de la mort naturelle ou civile de l'un des époux, ou par le divorce ; soit lorsque la séparation de corps ou la séparation de biens sont judiciairement prononcées. Le mari ou ses héritiers sont alors tenus de restituer les apports de la femme. V. § 649 et art. 1563 et 1531. Cette restitution se fait d'après les règles établies pour la restitution de la dot sous le régime dotal (2).

(1) Bellot, 3, p. 252 ; Duranton, 15, n. 285. [Mais il n'est pas nécessaire que la consistance des meubles de la femme résulte d'un inventaire ou d'un état en forme. Tout autre moyen de preuve est admissible pour établir la distinction entre le mobilier de la femme et celui du mari, Troplong, n. 2269 ; Marcadé, sur l'art. 1532. V. cependant Duranton, 15, n. 291, et Odier, 2, n. 954.] (Massé et Vergé.)

(2) Ainsi, par exemple, l'art. 1571 est également applicable à la clause d'exclusion de communauté. V. § 632. — *Contrà*, Bellot, 3, p. 352, qui n'admet pas que le régime dotal puisse jamais servir à compléter les dispositions du Code relatives à la clause dont s'agit, et qui croit devoir recourir, peur suppléer au silence des art. 1530 à 1535 sur la restitution des apports de la femme, à d'autres analogies empruntées à la communauté de biens légale et à l'usufruit. Duranton, 15, n. 267 et s., est du même avis, bien qu'il ne soit pas toujours resté conséquent avec lui-même. Mais cette opinion nous paraît d'autant moins acceptable que l'on avait originairement, dans la rédaction du Code, le projet de fondre entièrement le régime du droit coutumier et celui du droit écrit, et que l'on ne renonça à ce plan que dans l'intérêt de la pratique. V. les Discussions. Toutefois le principe établi dans le paragraphe n'est pas applicabie d'une manière absolue à la preuve de l'apport ; càr, dans l'un des cas, c'est la loi ; dans l'autre, c'est le contrat de mariage qui détermine ce qui fait partie de l'apport ; et cette différence d'origine a une influence nécessaire sur les conditions de la preuve. V. art. 1499, 1502 et 1504 ; Delvincourt, 3, p. 97 ; Duranton, 15, n. 288 et s.—Le deuil de la femme, art. 1481, est à la charge des héritiers du mari, lors même que les époux se sont mariés sans communauté, Duranton, 15, n. 304. [Nous nous

[ARTICLE 1416.]

Les effets de la clause d'exclusion de la communauté peuvent être modifiés par les conventions particulières du contrat de mariage. Ainsi, par exemple, les futurs, bien que leur intention soit de se marier sans communauté, peuvent stipuler qu'en même temps il existera entre eux une communauté d'acquêts (1), ou que les immeubles de la femme seront inaliénables (2), ou que la femme aura le droit de

sommes déjà expliqués, *sup.*, note 2, sur le point de savoir si les dispositions relatives au régime exclusif de communauté devaient être complétées par les dispositions relatives au régime dotal, en exprimant l'avis que les règles du régime dotal n'avaient pas, dans le régime dont il s'agit ici, une autorité absolue, mais qu'elles pouvaient servir d'indications dans tous les cas où elles n'étaient pas contraires soit au droit commun, soit au droit spécial de la matière. Il suit de là que l'art. 1571, qui, sous le régime dotal, répartit les fruits de la dernière année du mariage entre le mari et la femme ou leurs héritiers, étant contraire au droit commun, suivant lequel la jouissance du mari cesse avec son administration dont elle est l'accessoire, est sans application sous le régime exclusif de la communauté, Duranton, 15, n. 267 ; Odier, 2, n. 944 ; Marcadé, sur l'art. 1529.—*Contrà*, Rodière et Pont, 2, n. 778 et s. — Quant au deuil auquel la femme a droit sous le régime de la communauté, art. 1481, aussi bien que sous le régime dotal, art. 1570, et par conséquent à raison de sa qualité de veuve, nous ne pensons pas qu'on puisse le lui refuser sous le régimé exclusif de la communauté. Mais elle n'a aucun droit à l'habitation pendant l'année de deuil, parce que c'est là un bénéfice spécial à la femme dotale, Troplong, n. 2234 ; Duranton, 15, n. 300 et s. — *Contrà*, Rodière et Pont, 2, n 779, qui accordent à la femme non-seulement le deuil, mais encore l'habitation et tout ce que comporte l'art. 1570.] (Massé et Vergé.)

(1) V. art. 1581, et Maleville, sur cet article. [Mais alors les époux ne se trouvent plus sous un régime exclusif de communauté, ils sont sous le régime de la commuuauté réduite aux acquêts. V. *sup.*, § 655.] (Massé et Vergé.)

(2) Duranton, 15, n. 297 ; [Toullier, 12, n. 372 ; Rodière et Pont, 2, n. 785. Dans ce cas les époux se soumettent partiellement au régime dotal, V. Troplong, n. 79 et s., 1076 et s. ; et Marcadé, sur les art. 1497 et 1537. —Au surplus, V. *inf.*, § 666.] V. aussi Paris, 30 mai 1835, S. V., 35, 2, 558. (Massé et Vergé.)

percevoir annuellement certains revenus (1) sur ses propres quittances et sans être tenue de rendre compte de leur emploi, art. 1534.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1415.

---

* *Renusson, Comm., part.* 1, *ch.* 4, *n°* 6. } 6. Il y a cette observation, que quand il est dit simplement qu'il n'y aura point de Communauté entre les conjoints, cette clause n'empêche pas que le mari n'ait droit de joüir des biens de la femme, et d'en faire les fruits siens : car tout le bien de la femme en ce cas est sa dot, et le mari a droit de joüir pendant et constant le mariage de la dot de sa femme, pour soûtenir les charges du mariage. En effet, par le droit Romain, suivant lequel il n'y avoit point de Communauté entre conjoints par mariage, le mari avoit droit de joüir de la dot de la femme, et les fruits lui appartenoient ; ainsi cette clause qui seroit apposée dans un Contrat de mariage, qu'il n'y auroit point de Communauté, n'empêche pas que le mari n'ait droit de joüir des biens de la femme ; mais si la femme desire elle-même avoir l'administration et la joüissance de son bien, elle ne doit pas se contenter de stipuler qu'il n'y aura point de Communauté ; mais elle y doit ajoûter qu'elle joüira separement de son bien, et qu'elle en aura elle seule l'administration. Cette clause opere que la femme aura droit d'administrer elle-même son bien, d'en joüir separement, elle sera maîtresse de ses actions mobiliaires et possessoires, et pourra paroître en jugement, et défendre ses interests, quand il ne s'agira que des fruits et revenus de son bien. Elle n'aura

(1) On peut aussi convenir que certains biens de la femme lui demeureront propres. [Elle a alors l'administration et la jouissance de ces biens, Marcadé, sur l'art. 1534.]—Les économies faites par la femme sur les revenus qu'elle s'est réservés, on vertu de l'art. 1534, lui demeurent propres, Bellot, 3, p. 348. [Il en est de même des acquisitions qu'elle fait avec ces revenus, Marcadé, *loc. cit.*] (MASSÉ et VERGÉ.)

pas besoin pour les recevoir, et pour en disposer d'estre autorisée de son mari : cette clause opere le même effet, et donne à la femme autant de droit que si la separation avait esté ordonnée par justice ; mais neanmoins elle ne pourra encore vendre ses immeubles, ni en hypotequer la proprieté sans l'autorité de son mari. Il est nécessaire au susdit cas qu'inventaire soit fait respectivement par les futurs conjoints avant la celebration de leur mariage, afin que leurs effets mobiliers ne soient pas mêlez ensemble, et qu'ils puissent se reconnoître et distinguer.

---

* 12 *Pand. frs.*, *sur art.* 1530 *C. N.* } 408. Tout l'effet de la clause dont il est parlé dans cet article est qu'il n'y a point de communauté entre les époux, et que tout ce que la femme apporte au mariage, comme tout ce qui lui échoit depuis, est dotal, et lui demeure propre. En conséquence, ni elle ni ses héritiers ne peuvent prétendre aucune part, quelque chose qui arrive, dans les biens acquis par le mari durant le mariage, à quelque titre que ce soit, ni sur ceux qu'il avait lors de la célébration. De son côté, le mari n'en peut prétendre aucune dans les biens de la femme.

S'il était fait une donation au mari et à la femme collectivement, elle leur appartiendrait chacun pour moitié. Elle ne pourrait pas tomber dans une communauté qui n'existe pas. Le donateur même ne pourrait pas imposer utilement cette condition à sa donation, car il ne dépend pas de lui d'établir une communauté entre les époux. Cette condition serait, comme non écrite, sans effet.

Au reste, la clause d'exclusion de communauté ne change rien aux effets ordinaires du mariage. Un de ces effets étant la puissance que la loi accorde au mari sur la personne et les biens de la femme, laquelle puissance ne peut être restreinte que par une convention expresse, et seulement dans les cas prévus par la loi, il s'ensuit que la simple exclusion de communauté laisse subsister cette puissance dans toute son étendue. En conséquence la femme y demeure soumise,

et ne peut ni disposer de ses biens, ni les administrer sans l'autorité de son mari.

Celui-ci, en sa qualité de chef de l'union, a l'administration de tous les biens de sa femme. Il peut exercer les actions possessoires. Mais il ne peut pas exercer sans elle les actions pétitoires, même mobiliaires. Cela est évident, puisqu'il n'a aucune propriété.

Tous les biens de la femme, dans ce cas, étant, comme nous venons de le dire, réputés dotaux, le mari a droit d'en jouir et d'en percevoir les fruits pour soutenir les charges du mariage. Nous ne suivons pas même sur ce point la règle des Lois Romaines, qui n'accordaient au mari les fruits de la dot qu'au prorata du temps qu'avait duré le mariage. Il a dans notre Législation le droit de percevoir tous ceux qui sont cueillis ou nés pendant sa durée, et il n'est tenu à aucune restitution, quand même le mariage se serait dissous le lendemain de la récolte. Il ne doit rendre que les biens que la femme lui a apportés, soit lors de l'union, soit depuis.

Le mari ayant l'administration des biens de la femme, peut en passer les baux, comme lorsqu'il y a communauté. Il faut se conformer sur ce point aux articles 1429 et 1430.

Il peut y avoir lieu dans ce cas, non pas à la demande en séparation proprement dite, puisque n'y ayant pas de communauté il ne peut y avoir de séparation, mais à celle en restitution, lorsque les mauvaises affaires du mari mettent la dot en péril.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1530 *C. N.* } Cet article est conforme à la doctrine de Renusson, 1ere part., chap. 9, nº 2. C'est, dit-il, la puissance maritale et non la communauté, qui donne au mari le droit d'administrer les revenus des biens de sa femme, et de les employer au besoins de la famille. Loyseau dit aussi qu'en pays coutumier, le mari est seigneur des biens de sa femme, ne plus, ne moins qu'en Droit romain, le mari est seigneur de la dot.

[ARTICLE 1416.]

* 3 *Delvincourt*, p. 51-2. } Le seul effet de cette clause est d'empêcher qu'il n'y ait communauté entre les époux ; elle ne change rien, du reste, aux dispositions relatives à l'administration des biens.

Ainsi, le mari conserve l'administration et la jouissance des biens meubles et immeubles de sa femme, qui sont tous réputés dotaux ; et il en perçoit seul les fruits, qui sont censés lui être apportés pour soutenir les charges du mariage (1).

(1) *Qui sont censés lui être apportés pour soutenir les charges du mariage.* En conséquence toutes les acquisitions faites pendant le mariage appartiennent au mari seul, qui est également chargé, seul, de toutes les dettes contractées par lui pendant le même temps.

La femme pourrait-elle, sous l'empire de cette clause, faire des acquisitions, soit seule, soit conjointement avec son mari? Je pense qu'elle pourrait en faire avec ses capitaux ; mais que, s'il n'apparaissait aucune diminution dans ses capitaux, les acquisitions devraient être présumées faites des deniers du mari, et en conséquence lui appartenir. (L. 51, ff. *de donationibus inter virum et uxorem.*) Cependant le contraire a été jugé par la Cour d'Angers, le 11 mars 1807. (*Journal de la Jurisprudence du Code civil,* Tome IX, page 369). Il est possible que la modicité de l'objet ait déterminé l'arrêt. Mais, en point de droit, je n'en persiste pas moins dans mon opinion, qui est d'ailleurs conforme à un arrêt de la Cour de Riom, du 22 février 1809, rapporté dans le Journal de Sirey, 1812, 2e part., page 199 ; et à un ancien arrêt du Parlement de Paris, rapporté au journal des Audiences, en date du 26 juillet 1689, lequel a jugé, en pays de droit écrit, que les biens acquis par une femme qui n'avait point de paraphernaux, et à laquelle il n'était échu aucune succession, ce qui rentre dans notre espèce, étaient censés appartenir au mari.

Nota. La Cour de Grenoble a jugé, dans une espèce à-peu-près semblable, (il s'agissait d'une femme qui avait constitué tous ses biens en dot), que la femme était bien propriétaire des objets acquis par elle ; mais que, comme les deniers qui avaient servi à l'acquisition, devaient, même pour l'honneur de la femme, être censés fournis par le mari, elle lui devait récompense. (*Journ. de la Jur. du Code Civil,* t. XVII, p. 288.) Cette décision, qui èst conforme à un arrêt rapporté par Catelan, Liv. IV, chap. V, serait peut-être ce qui concilierait le mieux les principes rigoureux du droit avec l'équité, s'il n'était pas à craindre que le véritable prix des acquisitions ne fût dissimulé dans le contrat, et qu'il n'en résultât un avantage indirect, que la loi doit prévenir ou empêcher.

Appliquerait-on, au cas d'exclusion de communauté, la disposition de

l'article 1428, qui donne au mari le droit d'intenter seul toutes les actions mobilières appartenant à sa femme? La clause d'exclusion de communauté, n'ayant d'autre effet que d'augmenter les droits du mari, au lieu de les diminuer, je ne pense pas que l'affirmative puisse être douteuse.

---

* *Rogron, sur art.* 1530 *C. N.* } *Ni d'en percevoir les fruits.* Ainsi, le mari reste propriétaire de toutes les acquisitions qu'il fait pendant le mariage, comme il est seul tenu des dettes qu'il contracte.

---

* 7 *Pothier, Puiss. marit., nos* 86, 87, 90 *et s.* } 86. La puissance maritale ne donne pas à la vérité au mari *jus dominii* sur les immeubles propres de sa femme; mais elle lui donne, par rapport auxdits biens, une espèce de droit de bail et de gouvernement, qui consiste principalement en trois choses.

87. La première chose en laquelle il consiste, est de donner au mari, pendant le mariage, tout ce qu'il y a d'honorifique attaché aux biens propres de sa femme.

90. La seconde chose en laquelle consiste le droit du mari par rapport aux propres de sa femme, est celui qu'il a d'en percevoir tous les fruits et revenus pendant tout le temps que le mariage et la communauté durent. *V.* sur ce droit, ce que nous en avons dit en notre *Traité de la Communauté*, partie 1, ch. 1, sect. 1, art. 3.

91. La troisième chose en laquelle consiste le droit du mari par rapport aux biens de sa femme, est le droit qu'il a d'administrer les biens propres de sa femme.

Ce droit établit une différence entre les baux que le mari fait des héritages propres de sa femme, et ceux que fait un simple usufruitier des héritages dont il a l'usufruit. Celui-ci ne peut les faire que pour le temps que doit durer son usufruit: le propriétaire de l'héritage n'est point obligé, après la mort de l'usufruitier, qui a éteint l'usufruit, d'entretenir les baux faits par l'usufruitier, pour le temps qui en reste.

[ARTICLE 1416.]

92. Au contraire, les baux que le mari fait des héritages propres de sa femme, étant censés faits en la qualité qu'il a d'administrateur des biens de sa femme, sa femme est censée les avoir faits elle-même par son ministère, conjointement avec lui. C'est pourquoi, à l'exception de certaines coutumes qui défendent expressément aux maris de faire, sans le consentement de leurs femmes, des baux à ferme ou à loyer des héritages propres de leurs femmes, qui s'étendent au delà du mariage ; telle qu'est celle de Blois, art. 179 : de droit commun, la femme, aussi bien que les héritiers, sont obligés, après la dissolution du mariage et de la communauté, d'entretenir les baux à ferme ou à loyer que le mari a faits seul des héritages propres de sa femme, pour tout le temps qui reste à courir.

Il faut néanmoins pour cela que deux choses concourent : —1° Il faut que ces baux n'aient été faits que pour le temps ordinaire pour lequel il est d'usage de faire des baux à loyer ou à ferme. C'est ce qui résulte de l'art. 227 de la coutume de Paris. Cette coutume, après avoir dit en l'art. 226, que le mari ne peut aliéner les propres de sa femme, dit en l'art. 227 : " Peut toutefois le mari faire baux à loyer ou à moison " à six ans, pour héritages assis à Paris ; et neuf ans, pour " héritages assis aux champs ; et au-dessous, sans fraude."

---

* 1 *Bourjon, Comm.*, 1ere *part.*, *ch.* 2, *sect.* 1ere, *dist.* 1ere. } I. Quoique la coutume établisse communauté de certains biens, cette loi n'est pas si impérieuse, comme on l'a déjà annoncé, que les conjoints n'y puissent déroger par le contrat de leur mariage : c'est cette dérogation licite qu'on va examiner. En effet, ils y dérogent en stipulant exclusion de communauté ; par cette stipulation chacun des conjoints jouit à part de ses biens : c'est convention licite autorisée.

Tronçon, sur l'art. 220, en rapporte plusieurs arrêts ; le Brun, de la communauté, pag. 19, n° 1 et 2 : cependant pour dépouiller le mari de la jouissance des biens de sa femme, il faut séparation contractuelle, comme

on le va voir. Mais le principe contenu dans la proposition est de droit commun. Voyez l'art. 8 de la coutume de Berry, autrement ce seroit confondre l'exclusion de communauté avec la séparation contractuelle.

II. Ils y dérogent pareillement en stipulant une séparation de biens ; séparation de biens qui est différente de l'exclusion de communauté, comme on vient de l'annoncer, et qui a plus d'effet.

Cette différence fait la matiere de la distinction qui suit ; ils y dérogent encore, mais en partie et relativement à un certain bien, en stipulant que la femme en jouira pendant le mariage ; ces biens sont paraphernaux, c'est-à-dire, qu'ils sont hors la dot ; voyez les savantes observations de Bretonnier, dans ses décisions alphabétiques, pag. 188 et suivantes ; toutes ces différentes clauses ont leur exécution, parce qu'elles ne sont pas contraires aux lois prohibitives et négatives.

III. Dans le cas qu'il y a exclusion de communauté, la femme ni ses héritiers n'ont rien à prendre dans les biens que le mari a acquis pendant le mariage, ils sont tous siens : c'est l'effet de l'exclusion de communauté, effet qui est commun à la séparation contractuelle.

Voyez d'Argentré, sur l'art. 418 de la coutume de Bretagne, glos. 1, num. 5 ; Duplessis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, sect. 1, pag. 423 : ce qui est exactement observé au châtelet comme l'effet d'une convention licite.

IV. Cette inhabilité, cette impuissance en ce cas, dans lesquelles est la femme de prendre part dans les biens acquis pendant le mariage, a lieu pareillement à l'égard des enfans, et de tout autre héritier qui ne peuvent avoir plus de droit que la femme.

Le Brun, de la communauté, pag. 20, num. 7 : voyez les notes sur la premiere proposition de la distinction qui suit ; et telle est la jurisprudence.

V. La femme mineure qui a consenti une telle exclusion n'est pas restituable contre icelle ; c'est la condition du mariage pour la célébration duquel elle a eu capacité, et par conséquent, pour consentir à sa condition.

Le Brun, de la communauté, pag. 22, num. 16 et 17.

[ARTICLE 1417.]

1417. Le mari conserve l'administration des biens meubles et immeubles de la femme, et par suite, le droit de percevoir tout le mobilier qu'elle apporte en mariage, ou qui lui échoit pendant sa durée ; sauf la restitution qu'il en doit faire après sa dissolution, ou après la séparation de biens qui serait prononcée en justice.

1417. The husband retains the administration of the moveable and immoveable property of his wife, and as a consequence the right to receive all the moveable property she brings with her, or which accrues to her during the marriage ; saving the restitution he is bound to make after its dissolution, or after a separation of property judicially pronounced.

---

* *C. N.* 1531. } Le mari conserve l'administration des biens meubles et immeubles de la femme, et, par suite, le droit de percevoir tout le mobilier qu'elle apporte en dot, ou qui lui échoit pendant le mariage, sauf la restitution qu'il en doit faire après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens qui serait prononcée par justice.

---

* 12 *Pand. frs., sur arts.* 1531-2 *C. N.* } 409. Le droit qu'a le mari de jouir des biens de la femme comprend les meubles comme les immeubles. La jouissance des premiers ne consiste que dans l'usage. Le mari doit donc recevoir les uns et les autres, non pas, à l'égard des meubles, comme propriétaire, mais comme dépositaire ayant la faculté d'user de la chose déposée. Il n'est donc tenu de restituer que quand sa jouissance finit.

Quoique le second de ces deux articles n'impose la nécessité d'un état que pour les meubles qui se consomment par

l'usage, nous conseillons fort de prendre cette précaution indistinctement pour tous les meubles ; car le mari peut en disposer, et la femme n'aurait pas le droit de revendiquer contre les acquéreurs. Elle perdrait tout ce qu'elle ne pourrait pas justifier avoir apporté.

Si les meubles qui se consomment par l'usage ont été constatés, mais non estimés, le mari est obligé de rendre une pareille quantité de choses de la même nature et qualité.

Observez que, dans ce cas, comme dans les autres, la femme ou ses héritiers doivent toujours être admis à faire preuve par commune renommée, des biens qui lui sont échus pendant le mariage, quand le mari n'a point fait faire inventaire, car il est toujours chargé de ce soin.

---

* 3 *Delvincourt*, *p.* 52. } Il perçoit également tout le mobilier que sa femme a apporté en dot, ou qui lui échoit pendant le mariage, à la charge de le restituer à sadite femme ou à ses héritiers après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens prononcée par justice.

---

* *Rogron, sur art.* 1531 *C. N.* } *Conserve l'administration.* Par l'application de l'esprit du régime en communauté.

Qui serait prononcée par justice. Le mari ayant l'administration des biens de la femme, peut les mettre en péril par une mauvaise gestion : de là le droit que la loi accorde à la femme de demander la *séparation de biens* (art. 1443) : elle en reprend alors la libre administration (1449).

Voy. autorités sur arts. 1415 et 1422.

---

* 1 *Bourjon, Comm.*, 1re *part., ch.* 2, *sec.* 1, *Dist. IIe et Dist. IIIe, n^o* 12. } *Des revenus de la femme, dont le mari jouit nonobstant l'exclusion de communauté, et de la différence entre l'exclusion de communauté et la séparation contractuelle.*

VI. Cette exclusion de communauté n'empêche pas que la femme ne soit toujours sous la puissance du mari ; elle n'a trait qu'aux biens et non aux personnes qui restent dans leur état naturel et civil.

Voyez Soefve, cent. 1, chap. 54, et cent. 1, chap. 84, tom. 2 ; et tel est l'usage du châtelet. Voyez Pocquet de Lalivoniere, régles du droit françois, page 42 : tel est le principe dont on va expliquer la conséquence qui concerne la juste jouissance du mari.

VII. Le mari nonobstant cette exclusion jouit de tous les revenus de sa femme, et fait les fruits siens ; tout l'effet de cette clause étant d'exclure la femme du bénéfice de la communauté : lui en donner un autre, ce seroit l'étendre au-delà de ses limites.

C'est ce qui est dit dans une note marginale sur Duplessis, pag. 424 ; et tel est l'usage du châtelet ; c'est encore ce qui est attesté par le Brun, en son traité de la communauté, pag. 573, num. 1 ; et ce que la proposition suivante confirme.

VIII. En effet, ces fruits lui sont destinés pour les charges du mariage, mais il n'en seroit pas de même s'il y avoit séparation contractuelle ; la femme en ce cas, jouit de ses revenus, c'est le juste effet de cette autre clause, qui frappe la capacité personnelle, comme les biens.

Tel est sur ce l'usage du châtelet, conforme à la doctrine de le Brun.

Dist. III. - XII. Mais l'exclusion de communauté ne tombe pas sur les dettes ; en effet, nonobstant cette exclusion, si le mari a pris la femme avec ses droits, sans faire inventaire, il est tenu de payer les dettes de sa femme antérieures au mariage : ce qui ne s'entend que des mobiliaires ; c'étoit à lui à parer à cet inconvénient, ne l'ayant pas fait c'est sur lui qu'il doit tomber ; cela est fondé sur l'effet naturel de la confusion des biens de la femme avec ceux du mari, sur ce que les biens ne s'entendent que déduction faite des dettes, et que

c'est au mari à s'imputer de n'avoir pas fait constater le montant des biens de sa femme, par un état ou inventaire.

Telle est sur ce l'opinion commune au châtelet, fondée sur l'art. 221 de la coutume.

1418. Si dans le mobilier apporté par la femme en mariage, ou qui lui échoit pendant sa durée, il y a des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, il en doit être joint un état estimatif au contrat de mariage, ou il doit en être fait inventaire lors de l'échéance, et le mari en doit rendre le prix d'après l'estimation.

1418. If, amongst the moveable property brought by the wife or which accrues to her during marriage, there be things which cannot be used without being consumed, an appreciatory statement must be joined to the contract of marriage, or an inventory must be made of them at the time when they so accrue to her, and the husband is bound to give back their value according to the valuation.

---

* *C. N.* 1532. } Si dans le mobilier apporté en dot par la femme, ou qui lui échoit pendant le mariage, il y a des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, il en doit être joint un état estimatif au contrat de mariage, ou il doit en être fait inventaire lors de l'échéance, et le mari en doit rendre le prix d'après l'estimation.

---

* *ff. Liv.* 23, *tit.* 3, *De jure dotium*, *L.* 42. } Res in dotem datæ, quæ pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt : quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium

suum distrahat; et quandoque soluto matrimonio, ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse, vel heres ejus. (GAIUS.)

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } Si les choses données en dot sont des quantités qui consistent en nombre, poids et mesure, elles sont aux risques du mari, parce qu'on ne les lui donne que pour en disposer à sa volonté, et à la charge de rendre par lui ou par ses héritiers, en cas de dissolution de mariage, d'autres choses du même genre et de la même qualité. (GAIUS.)

Voy. autorités sur art. 1417.

---

* 3 *Delvincourt,* *p.* 52. } Si ce mobilier comprend des choses fongibles, il en doit être joint un état estimatif au contrat de mariage ; ou il doit en être fait inventaire avec prisée lors de l'échéance (1) ; et le mari est tenu d'en rendre le prix, d'après l'estimation (2).

(1) *Il doit en être fait inventaire avec prisée, lors de l'échéance. Quid,* si l'inventaire n'a pas lieu ? Appliquez l'article 1415. La femme peut faire constater la consistance et la valeur de ces effets, tant par titres que par témoins, et même par commune renommée. De ce que la loi paraît n'exiger un inventaire que pour les choses fongibles, s'ensuit-il que le mari ne doit pas faire constater la valeur et la consistance du mobilier non-fongible ? Non, sans doute. L'article 1533 dit que le mari est tenu de toutes les charges de l'usufruit. Il faut donc lui appliquer l'article 600. (Pour connaître le véritable motif de l'article 1532, voyez la note suivante.) Le mari doit-il donner caution, conformément à l'art. 601 ? Non, à moins que cela n'ait été expressément stipulé. (Argument tiré de l'article 1550.)

(2) *D'après l'estimation.* Le seul point que le Législateur a entendu décider par l'article 1532, a été celui de savoir si le mari devait rendre le prix des choses fongibles, sur le pied de la valeur qu'elles avaient au moment de l'apport, ou de celle qu'elles ont au moment de la restitution : et il a décidé, comme l'on voit, que c'était sur le pied de la valeur au moment de l'apport. Mais, *quid* à l'égard des meubles non-fongibles? D'a-

bord, d'après le principe que les meubles n'ont pas de suite, et qu'en fait de meubles la possession vaut titre, il n'est pas douteux que les aliénations faites par le mari ne soient valables dans l'intérêt des tiers. S'il n'a pas aliéné, et que les choses existent en nature, la femme est tenue de les reprendre dans l'état où elles se trouvent, pourvu que les détériorations ne proviennent que du simple usage. Si elles n'existent plus, et qu'elles aient péri par l'usage et sans la faute du mari, il n'est tenu de rendre que celles qui restent. (Argument tiré de l'article 1566.) Si elles ont péri par la faute du mari, alors je pense qu'on doit appliquer l'article 950, et que la femme a droit de répéter la valeur au moment de l'apport. (*Voir* un arrêt de Paris du 12 mai 1813, dans Sirey, 1814; 2e partie, page 31.)

---

* *Rogron, sur art.* 1532 *C. N.* } *Sans les consommer.* Il s'agit ici de choses fongibles, et il est évident qu'il faut un inventaire pour constater leur valeur; mais il ne suit pas de ce que le législateur ne parle que de ces choses, qu'un inventaire ne sera pas nécessaire pour les choses non fongibles, car le mari est tenu de toutes les charges de l'usufruit (art. 1533), et au nombre de ces charges est l'obligation de faire inventaire (art. 600). Si le législateur ne s'est occupé ici que des choses fongibles, c'est qu'il voulait principalement indiquer que le mari devrait le prix au moment de l'apport, parce qu'on présume que ces objets ont été vendus dès cette époque par le mari. Quant aux choses non fongibles, il ne paraît pas que le mari en dût le prix à compter de l'apport, car la femme a usé avec lui ces objets. S'il n'y avait pas eu inventaire des choses fongibles, sans doute que la femme pourrait faire la preuve par titres, par témoins, et par commune renommée.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1532 *C. N.* } Je crois qu'il en doit être autrement des choses qui se dégradent seulement par l'usage, comme le linge, les meubles meublans, et que le mari ne doit être tenu de les rendre, que dans l'état où ils se trouvent à la dissolution du mariage. La femme les a usés

en effet comme lui ; et l'article suivant préjuge pour notre opinion, en considérant le mari comme usufruitier.

---

* 12 *Toullier*, *tit.* 5, *ch.* 2, *Comm.*, *p.* 552 *et s.* } L'usufruitier ayant le droit de consommer les choses sur lesquelles est établi le quasi-usufruit, et d'en détruire la substance, il en résulte que la propriété lui en est nécessairement transférée : *Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus sit, proprietas ad legatarium transferri debet. Loi* 7, *ff. de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur*, 7. 5. En effet, puisqu'il a droit d'en disposer, et que, dans la restitution qu'il en fera un jour, on ne trouvera que l'échange d'un objet contre un autre, il est clair qu'il avait la propriété.

Quant aux meubles qui, sans se consommer de suite, s'altèrent par l'usage et deviennent de peu de valeur, comme dit Pothier, il est obligé de les conserver, pour les rendre en nature à la fin de l'usufruit. L'article 589 le dit positivement : "Si l'usufruit comprend des choses qui, sans se con-" sommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, " comme du linge, des meubles meublans, l'usufruitier a le " droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, " et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans " l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou " par sa faute."

Le Code applique ces principes, dans la sect. 9, aux conventions exclusives de la communauté. L'art. 1532 parlant du mobilier exclus de la communauté, porte : "Si, dans le " mobilier apporté en dot par la femme, ou qui lui échoit " pendant le mariage, il y a des choses dont on ne peut faire " usage sans les consommer, il en doit être joint un état es-" timatif au contrat de mariage, ou il doit en être fait inven-" taire lors de l'échéance. Le mari en doit rendre le prix " d'après l'estimation."

On peut conclure de cet article qu'à l'égard des choses non fongibles exclues de la communauté, il doit les rendre en

nature ; quoique détériorées par l'usage, pourvu que ce ne soit pas par sa faute. (589.) Mais d'ailleurs, l'art. 1533 ne permet pas d'en douter. Il porte : " Le mari est tenu de toutes " les charges de l'usufruit." Or, la première de ces charges est sans contredit de conserver la substance des choses qui y sont soumises : donc le mari doit rendre en nature les choses exclues de la communauté ou réalisées, et n'en peut disposer, quoiqu'elles s'altèrent et se détériorent par le long usage.

Donc le Code a rejeté la doctrine de Pothier. C'est un point qui nous paraît démontré.

Dirait-on que les art. 1532 et 1533 sont dans le cas où la femme a réalisé tout son mobilier en se mariant *sans communauté*, et qu'on ne doit pas les appliquer au cas où la femme, mariée d'ailleurs sous le régime de la communauté, en a seulement exclu ses meubles les plus chers, des objets d'art, par exemple, des tableaux précieux, des statues antiques, ses diamans, son argenterie, etc. ?

Et pourquoi ne les appliquerait-on point à ce cas ? Qui peut le plus peut le moins : c'est une de nos premières règles de droit. *Loi* 21, *ff. de R. J.* Quoi ! la femme peut ôter à son mari la disposition de son mobilier tout entier, en se mariant sans communauté, et en laissant d'ailleurs subsister la communauté, que le Code lui permet de modifier comme bon lui semble, elle ne pourrait pas lui ôter la disposition de ceux de ses meubles auxquels elle est le plus attachée, en les excluant de la communauté, et sa volonté expresse et authentiquement manifestée par cette clause d'exclusion ne pourrait empêcher son mari de vendre ses diamans, par exemple, pour aller les jouer, comme Beverley ! Bien plus, les créanciers du mari auraient le droit de les saisir et de les faire vendre ! L'absurdité d'une pareille doctrine suffirait pour la faire rejeter.

Mais voici une raison sans réplique. Pourquoi le mari peut-il vendre les meubles que la femme apporte en se mariant sous le régime de la communauté ? C'est parce qu'ils tombent dans la communauté, dont la loi le rend maître ab-

solu. Il peut dès lors les vendre, parce qu'il en est devenu le propriétaire. Mais il ne devient pas propriétaire des meubles spécialement exclus de la communauté. Pothier reconnaît que la femme a entendu *s'en réserver* la propriété en les réalisant : le mari ne peut donc en disposer ou les vendre. A quel titre le pourrait-il faire ? Il n'en a que l'administration, si la femme ne se l'est pas réservée, comme elle en a le droit.

Il faut donc appliquer à ce cas les dispositions des art 1532 et 1533, aussi bien qu'au cas où la femme s'est mariée sans communauté. Il y a, pour l'un et l'autre cas, identité de raison. Le mari ne peut donc disposer des meubles exclus de la communauté, à l'exception de ceux dont on ne peut faire usage sans les cousommer, par exemple, d'une somme d'argent, d'une créance que la femme a exclue de la communauté, en se la réputant propre. C'est alors seulement, comme dit Pothier, qu'elle n'est que créancière de la reprise de cette somme ; mais lorsqu'il s'agit de meubles dont on peut faire usage sans les consommer, en les excluant de la communauté, la femme en demeure propriétaire, et peut les reprendre *in specie*, et non pas seulement leur valeur.

C'est même le seul moyen de mettre en sûreté les droits de la femme sur les meubles ; car si elle n'avait que la reprise de leur valeur, et que le mari se trouvât insolvable, sans laisser autre chose que des meubles, la femme n'ayant chez nous ni hypothèque, ni privilége sur les meubles, serait réduite à venir en concurrence sur leur prix, par contribution avec tous les autres créanciers du mari. Ce fut pour prévenir la perte qu'elle en pourrait souffrir que Justinien lui donna le droit de revendication sur tous ses biens dotaux, estimés ou non estimés. *In rebus dotalibus*, dit la loi 31, *Cod. de jure dotium*, 5, 12, *sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen extent, sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis, omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt posse sibi potiorem causam in his per*

hypothecam vindicare, cùm eædem res, et ab initio, uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio, etc.

1419. Le mari a, à l'égard de ces biens, tous les droits et est tenu à toutes les obligations de l'usufruitier.	1419. The husband, with regard to such property, has all the rights and is subject to all the obligations of a usufructuary.

---

* *C. N.* 1533. } Le mari est tenu de toutes les charges de l'usufruit.

---

* *ff. Liv.* 25, *Tit.* 1, *De impensis in res dot. fac.*, *LL.* 13 *et s.* } *L.* 13. Neque stipendium, neque tributum, ob dotalem fundum præstita, exigere vir à muliere potest : onus enim fructuum hæc impendia sunt. (Paulus).

L. 14. Impensæ necessariæ sunt, quibus non factis dos imminuitur : veluti aggeres facere, flumina avertere, ædificia vetera fulcire, itemque reficere, arbores in locum mortuarum reponere.

§ 1. Utiles sunt, veluti pecora prædiis imponere, id est, stercorare.

§ 2. Voluptuosæ sunt, balinea exstruere. (Ulpianus).

L. 15. Quod dicitur, *impensas quæ in res dotales necessario factæ sunt dotem deminuere*, ita interpretandum est, ut si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id est, in ea causa sit. Nam tueri res dotales vir suo sumptu debet : alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data, et quævis modica ædificiorum dotalium refectio, et agrorum quoque cultura dotem minuent : omnia enim hæc in specie necessariarum impensarum sunt. Sed ipsæ res ita præstare intelliguntur, ut non tam impendas in eas, quàm deducto eo, minus ex his percepisse videaris. Quæ autem impendia, secundùm eam

distinctionem, ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri, quàm per singula ex genere et magnitudine impendiorum æstimari possunt. (NERATIUS).

L. 16. Et antè omnia quæcunque impensæ quærendorum fructuum causa factæ erunt, quamquam eædem etiam colendi causa fiant, ideoque non solùm ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque ejus necessariæ sint, eas vir ex suo facit ; nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem. (NERATIUS).

Ibidem. } *L.* 13. Le mari ne peut exiger de sa
Trad. de M. Hulot. } femme les redevances ni les impôts qu'il aura payés à cause des fonds dotaux, parce que ces charges doivent s'acquitter avec les fruits. (PAUL).

L. 14. Les dépenses nécessaires sont celles dont l'omission auroit diminué la dot : comme faire des chaussées, détourner des fleuves, soutenir de vieux édifices et même les réparer, planter des arbres en place de ceux qui sont morts.

§ 1. Les dépenses utiles sont, par exemple, mettre des troupeaux dans une terre afin d'avoir du fumier pour l'engraisser.

§ 2. Les dépenses de pur plaisir sont, par exemple, de construire des bains. (ULPIEN).

L. 15. Quand on dit que les dépenses nécessaires faites par le mari diminuent la dot, cela doit s'entendre des dépenses autres que celles que le mari est obligé de faire pour conserver en bon état les corps dotaux. En effet, le mari doit les entretenir à ses frais ; autrement la nourriture donnée aux esclaves, de légères réparations faites au bâtiment et les frais de culture des terres diminueroient la dot : car toutes ces dépenses sont regardées comme nécessaires. Les effets donnés en dot rapportent au mari un certain revenu, de manière que ce qu'il dépense pour les entretenir n'est pas proprement une dépense, c'est seulement une diminution sur les fruits qu'il en retire. Il seroit difficile de déterminer en général, d'après cette distinction, quelles sont les dépenses nécessaires que le mari a droit de déduire sur la dot, mais on peut le décider en détail, suivant les espèces qui se présenteront, en

faisant attention au genre et à l'importance de celles qui auront été faites. (NÉRATIUS).

L. 16. Avant toutes choses, il faut observer que le mari doit faire de sa bourse toutes les dépenses nécessaires pour recueillir des fruits du fonds dotal. Quoique par ces dépenses le fonds se trouve même en meilleur état, et que par conséquent elles ne servent pas seulement à la perception des fruits, mais encore à la conservation de la chose, le mari ne peut avoir à leur égard aucune action contre sa femme. (NÉRATIUS).

* *ff. Liv.* 24, *Tit.* 1, *De Donat. inter viv.*, *L.* 28. } Si id quod donatum sit, perierit, vel consumptum sit, ejus qui dedit est detrimentum. Merito, quia manet res ejus qui dedit, suamque rem perdit.

§ 1. Si quid in pueros ex ancillis dotalibus natos maritus impenderit, aut in doctrinam, aut alimenta, non servatur marito : quia ipse ministeriis eorum utitur. Sed illud servatur, quod nutrici datum est ad educendum : quia pro capite quid dedisset. Quemadmodùm si à prædonibus redemisset servos dotales.

§ 2. Si quas servi operas viri uxori præstiterint, vel contrà: magis placuit, nullam habendam earum rationem. Et sanè non amarè, nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est ; sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes.

§ 3. Si ex decem donatis sibi mulier servum emerit, et is quinque sit, quinque petenda esse, apud Plautium placuit : quemadmodùm si mortuus est, nihil peteretur. Si vero quindecim dignus sit, non plus quàm decem potest peti : quoniam eatenus donator pauperior factus esset.

§ 4. Quod si ex decem duos servos emerit, et eorum alter mortuus sit, alter decem dignus sit, solet quæri ? Et plerique et Pomponius interesse putant utrum uno pretio venierint, an diversis. Si uno, tota decem petenda ; quemadmodùm si una res empta deterior facta esset, vel grex, vel carruca, et

aliqua pars indè perisset : si diversis, hoc solum petendum, quanti sit emptus qui superest.

§ 5. Julianum putasse Pomponius refert, si quid per eum servum, quem ex nummis à marito donatis mulier adquisisset, fortè legatum, hereditatem, aut partus editus esset : eo quoque nomine petitionem faciendam esse.

§ 6. Illud constat, si antequam à viro annuum acciperet mulier, ipsa de suo, aut etiam mutuata impenderit : videri tantùm jam ex annuo consumptum.

§ 7. Illud rectè dictum Celsus ait : Si dotis usuras annuas uxor stipulata sit, licet ei non debeantur, quia tamen quasi de annuo convenerit, peti quidem dotis judicio non possunt, compensari autem possunt. Idem ergo dicemus in qualibet pactione annui nomine facta. (PAULUS).

Ibidem. } Si la chose donnée est éteinte ou con-
Trad. de M. Hulot. } sommée, c'est le donateur qui en souffre. Et cela est fort juste, parce que, comme la chose lui reste, il doit en souffrir la perte.

§ 1. Si le mari fait quelques dépenses par rapport aux enfans nés des esclaves qu'il a reçues en dot de sa femme, soit pour leur instruction, soit pour leur nourriture, il ne peut pas s'en faire tenir compte ; parce qu'il en tire lui-même des services. Mais il peut se faire tenir compte de ce qu'il a donné pour eux aux nourrices, parce qu'il l'a donné pour conserver leurs personnes. Il en seroit de même de l'argent que le mari auroit donné à des brigands pour racheter d'eux les esclaves qu'il auroit reçus en dot de sa femme.

§ 2. Si les esclaves de la femme fournissent quelques journées de travail au mari, ou réciproquement, on n'a pas jugé à propos que les conjoints dussent s'en tenir compte. Car il ne faut pas décider ici à la rigueur, comme on en useroit entre des personnes acharnées l'une contre l'autre ; mais on doit se conduire à cet égard comme ayant à décider entre des personnes qui s'aiment tendrement, et qui ne craignent que d'être réduites l'une par l'autre à la disette.

§ 3. Si une femme achète un esclave avec une somme de

dix qui lui a été donnée par son mari, et que cet esclave ne soit que de la valeur de cinq, Plautius a décidé que le mari ne pourroit redemander que cinq ; de même qu'il ne pourroit rien redemander si cet esclave est mort. Mais si l'esclave se trouve de la valeur de quinze, le mari ne peut demander que la somme de dix qu'il a donnée, parce que ce n'est que de cette somme dont il est devenu plus pauvre.

§ 4. Si la femme, avec cette somme de dix, a acheté deux esclaves, et que l'un des deux étant mort, celui qui reste se trouve être de la valeur de dix, on demande ce qu'il faudra décider ? Pomponius et la plupart des jurisconsultes pensent qu'il faut distinguer si ces esclaves ont été vendus tous les deux pour un seul prix, ou chacun pour un différent prix. Dans le premier cas, le mari peut redemander en entier la somme de dix qu'il a donnée : comme il arriveroit dans celui où la femme n'auroit acheté qu'une seule chose qui se trouveroit détériorée, ou un troupeau dont une partie seroit morte, ou une voiture qui auroit souffert quelque détérioration ; dans le second cas, le mari ne peut redemander que le prix auquel a été acheté l'esclave qui reste.

§ 5. Pomponius rapporte que Julien étoit d'avis que le mari auroit droit de redemander tout ce que l'esclave acheté par sa femme des deniers qu'il lui auroit donnés, pourroit avoir acquis, comme succession, legs : aussi bien que les enfans nés en ce cas des femmes esclaves.

§ 6. Il est constant que si la femme, avant de recevoir de son mari son année de pension, dépense quelque chose de ses deniers, ou avec de l'argent emprunté, elle est censée avoir dépensé d'autant sur son année de pension.

§ 7. Celse dit qu'on a décidé, avec raison, que si une femme a fait promettre à son mari, par stipulation, de lui fournir annuellement les intérêts de sa dot, encore bien que ces intérêts ne lui soient point dus, cependant comme les parties sont censées par là être convenues d'une pension annuelle, la femme ne pourra point à la vérité se les faire payer en intentant son action dotale, mais elle pourra les faire entrer en

compensation avec ce qu'elle se trouvera devoir à son mari. Il faudra donc décider la même chose dans toutes sortes de conventions qui auront pour objet une pension annuelle au profit de la femme. (PAUL).

---

* 3 *Delvincourt*, *p.* 52. } Le mari ayant, comme on voit, sur les biens de sa femme, tous les droits de l'usufruitier, est tenu, en conséquence, de toutes les charges de l'usufruit.

Les époux peuvent, au surplus, même en stipulant la clause de non communauté, convenir que la femme touchera annuellement, sur ses simples quittances, une portion de ses revenus, pour son entretien et ses besoins personnels.

---

* *Rogron, sur art.* 1533 *C. N.* } *De toutes les charges.* C'est-à-dire de faire inventaire, des frais d'entretien (art. 600, 605 et suiv.), mais non de donner caution (argum. 1550) comme l'usufruitier en est tenu (art. 601).

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1533 *C. N.* } Voyez l'observation sur l'article précédent.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1533 *C. N.* } 410. C'est une suite de sa jouissance. D'ailleurs, comme cette clause lui laisse le même pouvoir que quand il y a communauté, elle lui impose aussi les mêmes devoirs. Il doit donc, dans ce cas comme dans l'autre, entretenir et conserver les biens de sa femme, et être responsable de sa négligence et de ses fautes de la même manière que s'il y avait communauté. Il lui est dû aussi les mêmes indemnités s'il fait pour sa femme personnellement, ou sur ses biens, des dépenses auxquelles il n'est point obligé à raison de sa jouissance ou de sa qualité. S'il paie quelque dette de sa femme, s'il fait des augmenta-

tions sur ses héritages, ou des réparations dont il n'est pas tenu, et qui ne proviennent pas de son fait, il acquiert contre elle autant de créances.

Voy. autorités sur arts. 1416-17-18.

1420. La clause portant que les époux se marient sans communauté, ne fait point obstacle à ce qu'il soit convenu que la femme touchera sur ses seules quittances, ses revenus en tout ou en partie, pour son entretien et ses besoins personnels.

1420. The clause which declares that the consorts marry without community, does not prevent its being agreed that the wife, for her support and personal wants, shall receive her revenues in whole or in part, upon her own acquittances.

* *C. N.* 1534. } La clause énoncée au présent paragraphe ne fait point obstacle à ce qu'il soit convenu que la femme touchera annuellement, sur ses seules quittances, certaine portion de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels.

* *Rogron, sur art.* 1534 *C. N.* } *Certaines portions.* Ce qui serait prouvé qu'elle a acheté avec ses épargnes lui serait-il propre ? L'affirmative paraît constante.

Voy. autorités sur arts. 1416, 1417.

* 3 *Maleville, sur art.* 1534 *C. N.* } Même disposition dans l'article 1549.

* 12 *Pand. frs.*, *sur art.* 1534, *C. N.* } 411. On peut insérer cette clause au contrat qui contient communauté, comme dans celui qui l'exclut. On peut convenir également, dans l'un comme dans l'autre cas, qu'elle jouira séparément d'un certain héritage des revenus duquel elle pourra disposer à son gré, et sans avoir besoin de l'autorisation de son mari.

M. Pothier élève la question de savoir si, lorsqu'il y a communauté, les acquisitions que la femme aurait faites avec les épargnes provenant des revenus de l'héritage dont elle s'est réservé la libre jouissance, doivent tomber dans la communauté établie pour le surplus des biens. Bourjon décide pour l'affirmative. " J'y trouve de la difficulté, dit M. Pothier. La femme s'étant réservé par cette convention tous les revenus de cet héritage qui seraient à percevoir pendant tout le temps que durerait le mariage, ces revenus sont pour elle des propres. Or, tout ce qui provient des propres sans en être des fruits, ne tombe point en communauté.

" Mais au moins, ajoute-t-il, pour que ces acquisitions soient propres, il ne suffit pas qu'il soit dit par le contrat qu'elles sont faites des deniers provenus des revenus de cet héritage, si cela n'est bien justifié."

Il faut convenir que toute autre justification est bien difficile.

Au reste, nous adoptons l'avis de Bourjon contre celui de M. Pothier.

Nous ne voyons pas que les revenus de l'héritage réservé soient des propres. Il n'y a que l'héritage même qui ait cette qualité. Les revenus que la femme ne consomme pas tombent dans la communauté sans qu'elle puisse prétendre en exercer la reprise. Donc l'acquisition qu'elle pourrait faire avec ces revenus y tombe de même, d'autant plus que toute acquisition est censée faite des deniers de la communauté.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Comm.* *no* 466. } 466. La femme pouvant valablement convenir qu'elle jouira séparément de tous ses biens, comme nous l'avons vu au pa-

ragraphe précédent, il s'ensuit qu'elle peut pareillement convenir valablement qu'*elle jouira séparément d'un certain héritage, des revenus duquel elle pourra disposer à son gré pendant tout le temps que le mariage durera*, et établir au surplus une communauté de biens avec son futur époux. C'est une conséquence de ce principe, que *Qui peut le plus, peut le moins.*

Les acquisitions que la femme aurait faites en ce cas durant le mariage, qui seraient provenues de ses épargnes sur lesdits revenus, doivent-elles tomber en communauté ?—Borjon décide pour l'affirmative (*De la Communauté*, ch. 11, sect. 2, nº 18). J'y trouve de la difficulté : car la femme s'étant réservé par cette convention tous les revenus de cet héritage, qui seraient à percevoir pendant tout le temps que durerait le mariage, ces revenus sont pour elle des propres. Or tout ce qui provient des propres sans en être un fruit, ne tombe pas en communauté (*suprà*, nº 96). Mais au moins, pour que ces acquisitions soient propres, il ne suffit pas qu'il soit dit par le contrat qu'elle sont faites des deniers provenus desdits revenus, si cela n'est bien justifié ; autrement le mari aurait une voie ouverte d'avantager sa femme, en faisant passer sous son nom toutes les acquisitions qui se feraient durant le mariage.

1421. Les immeubles de la femme exclus de la communauté dans les cas des articles précédents, ne sont point inaliénables.

Néanmoins ils ne peuvent être aliénés sans le consentement du mari, et à son refus, sans l'autorisation de la justice.

1421. The immoveables of the wife which are excluded from the community in the cases of the preceding articles are not inalienable.

Nevertheless they cannot be alienated without the consent of the husband, or, upon his refusal, without judicial authorization.

---

* *C. N.* 1535. } Les immeubles constitués en dot dans le cas du présent paragraphe, ne sont point inaliénables.

Néanmoins ils ne peuvent être aliénés sans le consentement du mari, et, à son refus, sans l'autorisation de la justice.

---

* *Rogron, sur art.* 1535 *C. N.* } *Ne sont point inaliénables.* Parce que la clause d'exclusion de communauté n'est pas le régime dotal (art. 1392).

Voy. autorités sur article 1416.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1535 *C. N.* } Ils ne sont pas inaliénables, parce que l'exclusion de la communauté n'entraîne pas de droit le régime dotal, comme nous l'avons observé sur l'article 1529.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1535, *C. N.* } 412. Cet article n'a été mis qu'à raison du chapitre suivant, qui déclare la dot inaliénable, et pour qu'on ne crût pas qu'il en était de même lorsqu'il y avait exclusion de communauté.

Au reste, cet article n'établit point un droit nouveau. Dans les pays coutumiers, la dot de la femme n'a jamais été regardée comme inaliénable. Il en faut excepter la Coutume de Normandie qui avait adopté, à cet égard, les principes du Droit Romain.

413. La seconde partie de cet article n'est qu'une répétition des principes déjà énoncés dans plusieurs autres, et auxquels l'exclusion de communauté ne change rien.

Si le prix des biens aliénés a été employé pour les affaires du mari, ou même pour celles du ménage, c'est-à-dire autrement que pour les intérêts propres et personnels de la femme, elle est créancière de ce prix contre son mari ou ses héritiers.

Il faut suivre, à cet égard, tous les principes que nous avons exposés relativement à l'action de remploi des propres aliénés.

Comme la femme ne peut disposer de ses biens sans le consentement de son mari, ou l'autorisation de la justice, ce dernier ne peut vendre ces biens sans le consentement de sa femme. S'il le faisait, la vente serait nulle et elle aurait le droit de revendiquer contre les tiers acquéreurs.

II. *De la clause de séparation de biens.*

1422. Lorsque les époux ont stipulé, par leur contrat de mariage, qu'ils seront séparés de biens, la femme conserve l'entière administration de ses biens meubles et immeubles et la libre jouissance de ses revenus.

II. *Of the clause of separation of property.*

1422. When the consorts have stipulated by their contract of marriage that they shall be separate as to property, the wife retains the entire administration of her property moveable and immoveable and the free enjoyment of her revenues.

---

* *C. N.* 1536. } Lorsque les époux ont stipulé par leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, la femme conserve l'entière administration de ses biens meubles et immeubles, et la jouissance libre de ses revenus.

Voy. *Bourjon*, cité sur art. 1318, *Pothier*, *Comm.*, sur art. 1317 et *Pothier*, *Puiss. du mari*, cité sur art. 1422.

---

4 *Zachariæ*, (*Massé et Vergé*), §§ 632-665. } Une règle d'interprétation qui, toutefois, n'est point fondée sur les paragraphes 630 et 631, mais sur un motif

particulier, est celle qui veut que les dispositions relatives à la clause de séparation de biens, art. 1536 à 1539, et 1574 à 1580, puissent être commentées et complétées par les dispositions relatives à la séparation de biens judiciaire, art. 1448 à 1450, et réciproquement. En effet, en matière de séparation de biens conventionnelle, comme en matière de séparation de biens judiciaire, la différence d'origine n'est pas de nature à faire attribuer à la séparation de biens dans un cas des conséquences qu'elle n'aurait pas dans l'autre. Il n'y a d'ailleurs dans le Code aucune disposition expresse qui s'oppose à cette règle d'analogie.

§ 665. Les époux peuvent, en se mariant, convenir qu'ils resteront séparés de biens. Les effets de cette séparation de biens conventionnelle sont les mêmes que ceux de la séparation de biens judiciaire. V. art. 1536 à 1539 et *sup.*, §§ 632 et 649.

Cependant les époux, en se mariant sous le régime de la séparation de biens conventionnelle, peuvent modifier par leur contrat de mariage les règles et les proportions suivant lesquelles la femme doit contribuer aux charges du ménage (1).

Mais les époux ne peuvent pas faire cesser pendant le mariage la séparation de biens conventionnelle sous le régime de laquelle ils se sont placés (2), arg. art. 1395.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1536, *C. N.* } Cette clause a le même effet en pays coutumier que la stipulation des paraphernaux en pays de Droit écrit ; seulement dans ce dernier pays, la femme pouvait aliéner librement ses paraphernaux,

(1) Le contrat de mariage peut entièrement affranchir la femme de l'obligation de contribuer aux charges du ménage. Cependant elle reste toujours obligée en cas d'insuffisance des biens du mari, Bellot, 3, p. 361 (MASSÉ et VERGÉ.)

(2) [C'est là surtout ce qui distingue la séparation de biens conventionnelle de la séparation de biens judiciaire.] (MASSÉ et VERGÉ.)

mais aujourd'hui elle ne le peut pas plus que la femme séparée. *Voy.* la section 4, du chapitre 3 de ce titre.

On a demandé si les acquisitions que la femme pourrait faire avec ses économies sur les revenus des biens qu'elle s'est réservés, lui seraient propres, ou si le mari en aurait la moitié. Bourjon est pour ce dernier avis. Pothier, n. 466, penche pour l'avis contraire. Pour moi il me semble qu'il n'y a pas lieu à hésiter pour décider que les biens ainsi acquis, sont propres à la femme. Pothier dit qu'il faut au moins qu'elle prouve que les acquisitions ont été faites de ses épargnes, et qu'il ne suffit pas de l'énoncer dans le contrat, parce que le mari pourrait de cette manière avantager furtivement sa femme. Je pense au contraire que, dès que la femme a des revenus dont les économies ont pu suffire à l'acquisition, il faut que les héritiers du mari prouvent la fausseté ou du moins l'invraisemblance de la déclaration faite au contrat, sans quoi il faut s'y tenir. Et d'ailleurs toutes ces craintes d'avantages indirects, hors le cas de convol, ont bien perdu de leur influence depuis les lois nouvelles. *Voyez* la section 9 du titre 2 de ce livre, et l'article 14 de la loi du 17 nivôse an 2.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1536 *C. N.* } 414. Cette clause restreint la puissance du mari, mais ne la détruit pas. En conséquence, la femme ainsi séparée n'acquiert pas le droit de disposer de ses immeubles ni de s'engager sans l'autorisation de son mari. Elle ne peut qu'administrer ses immeubles, et disposer de ses meubles. Plusieurs auteurs enseignent qu'elle peut contracter à raison de ses meubles, ou s'obliger pour des sommes mobiliaires sans le consentement de son mari. Nous n'admettons point cette doctrine.

La femme peut, sans contredit, faire tous les actes d'administration. Elle peut affermer ses héritages, compter avec les fermiers, et leur donner des quittances valables. Elle peut aussi disposer de ses meubles comme bon lui semble ;

mais elle ne peut pas s'engager, même pour des sommes mobiliaires, sans le consentement de son mari. La raison en est sensible. Si elle était condamnée, il s'ensuivrait une hypothèque sur ses immeubles qui se trouveraient ainsi engagés sans l'autorisation du mari. Il en résulte que toutes les fois qu'elle contracte, elle dispose indirectement de ses immeubles, ce qui ne lui est pas permis.

---

* 3 *Delvincourt*, *p.* 52-3. } Cette clause se nomme séparation *contractuelle*, parce qu'elle est stipulée par le contrat de mariage, et pour la distinguer de la séparation qui a lieu pendant le mariage, et qui est toujours prononcée par jugement. Ces deux séparations diffèrent, en outre, en ce que la séparation contractuelle est irrévocable, comme toutes les conventions de mariage ; au lieu que l'effet de la séparation judiciaire peut cesser, comme nous l'avons vu, par le consentement mutuel des parties.

La séparation contractuelle diffère de la clause de non-communauté, en ce que la femme séparée contractuellement, conserve l'entière administration de ses biens meubles et immeubles (1), et la jouissance libre de ses revenus.

(1) *La femme séparée conserve l'entière administration de ses biens, meubles et immeubles.* Et même le droit d'aliéner ses meubles. (Article 1449.) En général, dans le mariage, l'administration du mobilier emporte le droit de l'aliéner.

---

* *Rogron, sur art.* 1536 *C. N.* } *Et la jouissance libre.* Elle a même le droit d'aliéner ses meubles (art. 1449).

---

* 7 *Pothier, Puiss. du mari, n°* 15. } 15. Le besoin qu'a une femme de l'autorisation de son mari pour les contrats et autres actes qui se présentent dans le commerce de la société civile, ayant son fondement dans la puissance que son mari a sur sa personne, comme nous l'avons vu en

la section précédente, et non sur la communauté de biens en laquelle elle est avec son mari, on en doit conclure qu'une femme, quoique séparée de biens, soit par son contrat de mariage, soit par une sentence de séparation intervenue depuis le mariage, ne laisse pas d'avoir besoin de l'autorisation de son mari pour les actes qu'elle fait, sauf pour ceux qui ne concerneraient que la simple administration de ses biens.

C'est pourquoi la seule différence que la séparation de biens met entre la femme qui est séparée de biens, et celle qui ne l'est pas, par rapport à la nécessité de l'autorisation, est que la femme qui n'est pas séparée, ne peut faire valablement aucun acte, aucun contrat, quel qu'il soit, sans autorisation de son mari, ou du juge. Au contraire, la femme séparée ayant, par sa séparation, le droit d'administrer elle-même ses biens, les coutumes l'ont dispensée de l'autorisation pour tous les actes qui ne concernent que la simple administration de ses biens.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce qui est dit en l'article 234 de la coutume de Paris : " Une femme mariée ne se peut " obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est sé-" parée par effet, ou marchande publique."

Le sens de cet article est, que la femme mariée qui n'est ni séparée, ni marchande publique, ne peut, en aucun cas, par quelque acte ou par quelque contrat que ce soit, s'obliger sans le consentement de son mari.

Mais on n'en doit pas conclure que celle qui est séparée puisse indistinctement, pour quelque acte que ce soit, se passer de l'autorisation de son mari : elle peut s'en passer seulement pour les actes et contrats qui ne concernent que l'administration de ses biens, que la séparation lui donne droit d'administrer.

A l'égard de tous les autres actes, comme seraient les contrats de vente ou d'échange d'un héritage, un emprunt de sommes considérables, l'acceptation ou répudiation d'une succession échue à la femme, et généralement tous les actes

qui ne sont pas de simple administration, la femme, quoique séparée, ne peut valablement les faire sans l'autorisation de son mari, ou du juge.

---

* *Lebrun, Comm., Liv.* 3, *ch.* 2, *s.* 1, *dist.* 2, *n°* 30. } C'est un principe certain dans le Droit coutumier, que le mari de la femme séparée ne perd jamais, ou par la Sentence de séparation, ou par la convention qui exclut la Communauté, les droits qui lui appartiennent, *jure mariti*, sur les biens de sa femme; mais seulement ceux qui lui appartiennent, à cause de la Communauté. Or comme à cause de la Communauté le mari a la jouissance des immeubles de sa femme, et la proprieté des meubles communs; tout ce qu'opere la séparation, c'est que la femme a droit de jouir elle-même de ses immeubles, et de les administrer, et que le mari n'etant plus Proprietaire des meubles, qui ont cessé d'être communs, la part qui en appartient à la femme est en sa disposition librement et avec indépendance. De-là vient que dans la Coutume de Paris, par l'article 223, la femme mariée ne peut vendre, aliéner, ni hypotequer ses héritages, sans l'autorité de son mari, et par l'article 234, la femme séparée peut s'obliger sans le consentement de son mari. La femme ne devient donc émancipée du droit du mari que pour recevoir et disposer de ses revenus, et des sommes mobilieres qui pourroient lui écheoir, ou pour s'obliger jusqu'à concurrence, ensorte que ses immeubles n'en puissent être entamés. Quant à la disposition des immeubles, une femme a toujours besoin de l'autorité maritale, et nulle convention ne peut la libérer de cette sujetion, ainsi que nulle Sentence, à moins que le Juge, en autorisant lui-même, ne supplée à l'autorité, que le mari par caprice, ou par mauvaise volonté refuseroit d'accorder. Ce principe est généralement vrai, et il n'y a que les Coutumes de Sedan, de Loris et de Montargis, qui accordent aux femmes séparées la même liberté que si elles n'étoient point mariées.

[ARTICLE 1423.]

1423. Chacun des époux contribue aux charges du mariage, suivant les conventions contenues en leur contrat, et s'il n'en existe point et que les parties ne puissent s'entendre à cet égard, le tribunal détermine la proportion contributoire de chacune d'elles, d'après leurs facultés et circonstances respectives.

1423. Each of the consorts contributes to the expenses of marriage according to the covenants contained in their contract, and if there be none, and the parties cannot come to an understanding upon the subject, the court determines the contributory portion of each consort according to their respective means and circumstances.

---

* *C. N.* 1537. } Chacun des époux contribue aux charges du mariage, suivant les conventions contenues en leur contrat; et s'il n'en existe point à cet égard, la femme contribue à ces charges jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1537 *C. N.* } 415. L'article confirme d'abord un principe qui est incontestable. Quant à la règle qui, à défaut de convention, fixe la contribution de la femme au tiers de ses revenus, elle est nouvelle. Autrefois, lorsque les parties ne pouvaient point s'accorder, cette contribution était déterminée par le juge.

En effet, cette règle peut être bonne quand le mari a des revenus égaux ou plus forts que ceux de la femme; ou un état dont les produits y suppléent. Mais s'il n'a pas de biens, ou s'il en a peu; s'il lui arrive des malheurs qui rendent son état infructueux; la femme qui peut avoir un revenu considérable sera-t-elle quitte de toutes ses obligations, en donnant

le tiers à son mari, si ce tiers ne suffit pas pour l'entretien des époux et celui de leurs enfans?

Il faut convenir que la proportion dans laquelle la femme doit contribuer, dépend beaucoup des circonstances, et qu'une règle fixe sur ce point peut avoir de graves inconvéniens.

Nous pensons que le juge peut, en beaucoup de cas, s'écarter de cette fixation. La loi n'a prévu que celui où les époux ont une fortune à peu près égale.

Au reste, il faut restreindre cette règle au cas pour lequel elle est faite. Il ne faut point l'appliquer à celui de la séparation des biens, dans lequel elle serait évidemment injuste; le mari, quand la femme a recours à ce remède, étant presque toujours à peu près ruiné.

C'est aussi ce que porte l'article 1448 ci-dessus.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1317 et autorités sur art. 1422.

1424. Dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par justice.

Toute autorisation générale d'aliéner les immeubles, donnée à la femme, soit par contrat de mariage, soit depuis, est nulle.

1424. The wife cannot in any case, nor by virtue of any stipulation, alienate her immoveables without the special consent of her husband, or, on his refusal, without being judicially authorized.

Every general authorization to alienate immoveables, which is given to the wife either by the contract of marriage or subsequently, is void.

[ARTICLE 1424.]

* *C. N.* 1538. } Dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par justice.

Toute autorisation générale d'aliéner les immeubles, donnée à la femme soit par contrat de mariage, soit depuis, est nulle.

---

* *Cout. de Paris, art.* 223. } La femme mariée ne peut vendre, aliener ni hypothequer ses heritages sans l'autorité et consentement exprès de son mari ; et si elle fait aucun contrat sans l'autorité et consentement de sondit mari, tel contrat est nul, tant pour le regard d'elle, que de sondit mari, et n'en peut être poursuivie, ni ses heritiers après le décès de sondit mari.

---

2 *Laurière, sur art.* 223, *Cout. de Paris.* } *Sans l'autorité et consentement de son mari.*] Non seulement parce que le mari est chef de la Communauté, mais encore parce que la femme est pendant son mariage sous la puissance, la garde et la *tutelle* de son mari ; car c'est une des regles de la Jurisprudence Françoise, que *le mari est bail de sa femme.* Joignez l'Auteur du grand Coutumier, livre 2, chap. 27, p. 185, lig. 23, et voyez la note sur l'art. 225.

Et si elle fait aucun contrat sans l'autorité et consentement de sondit mari, tel contrat est nul.] Et par conséquent la ratification du mari ne peut point le rendre valide ; car suivant la Loi 29 *D. de Regulis juris*, qui a été faite au sujet des *tutelles*, ainsi que M. Jacques Godefroi l'a observé. *Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere. V. Fabrum ad h. Leg. et Tiraquellum de LL. Connubialibus, gloss.* 8, *n.* 98.

Cependant il est juste que la femme soit tenue de son contrat, quand elle le fait utilement, et quand il est tourné à son profit et au profit de la Communauté. Or il n'y a pas de preuve plus certaine, qu'il est tourné au profit de la femme

et de la Communauté, que quand il est approuvé et ratifié par le mari ; car le consentement du mari n'est si précisément requis, qu'afin que la femme ne puisse point en contractant préjudicier aux affaires communes ; et par conséquent, lorsque le mari a ratifié le contrat fait par sa femme sans son consentement, la femme en doit être tenue, et lui aussi.

Il y a en Espagne une Loi qui le décide ainsi en ces termes : *Et marido pueda ratificar lo que su muger oviere fecho, sin su licentia, no embargante, que la dicha licentia no aya precededo ora la ratification seu general o special. Libro* 5, *Constit. Hyspaniæ, tit.* 3, *delas mugeres, l.* 5, *Tauri* 58, Vide *ibi de Azevedo, Gomez et Lopez de Palatios Ruvios ; Heroldum de ratificatione contractus in genere, num.* 16 *et* 17, *pag.* 195.

Si cependant le mari ratifioit en fraude des créanciers légitimes de la Communauté, une obligation mal passée par sa femme et sans aucun profit pour lui, son consentement n'opéreroit rien contre eux. *Vide Heroldum de ratihabitione dicto loco, n.* 17.

Me. le Brun, dans son *Traité de la Communauté*, liv. 2, chap. 1, nomb. 9, est d'avis que le contrat passé par la femme seule, et approuvé ensuite par le mari, n'est accompli ou parfait que du jour de la ratification, ce qui requiert distinction.

Car si la femme, en s'obligeant seule, a géré les affaires de la Communauté si utilement que le mari n'auroit pu se dispenser de l'approuver, il faut dire que la ratification du mari doit remonter et avoir son effet rétroactif à l'obligation de sa femme, sans que les créanciers intermédiaires puissent se plaindre.

Mais si le mari, pour faire honneur à sa femme, approuve une obligation qu'elle avait mal contractée et qui dans son principe était nulle, il faut tenir dans ce cas que la ratification n'aura pas d'effet rétroactif, et ne préjudiciera pas par conséquent aux *créanciers intermédiaires.*

[ARTICLE 1424.]

Nos Auteurs demandent si *l'autorisation* du mari l'oblige personnellement? Et *Lopez de Palatios Ruvios*, Jurisconsulte Espagnol, sur la Loi *Tauri* 57, distingue très-bien.

Ou le mari autorise sa femme dans les affaires de la Communauté, et pour lors il s'oblige, parce qu'il n'est pas possible que sa femme soit obligée, sans qu'il le soit lui-même.

Ou il autorise sa femme *séparée*, dans les affaires qui la regardent seule; et pour lors son autorisation ne servant que pour la validité de l'acte, il ne s'oblige pas. *Vide Bartholum ad Legem Lucius, Dig. de administrat. tutorum ad Leg.* 1, § *is qui navem, D. de exercitoria.*

Il y a ici une observation à faire, c'est que le mari ne peut ratifier utilement l'obligation de sa femme, et de nulle la rendre bonne, que contre lui, et à son préjudice, pendant qu'il a l'administration de ses biens, et que la Communauté subsiste, et non pour la rendre débitrice malgré elle, lorsqu'il est de son intérêt de ne la pas être. Ainsi si la femme s'est obligée seule, de bonne foi, dans le temps que le mari dissipoit clandestinement ses biens et qu'il devenoit insolvable, la ratification faite, après un assez long espace de temps, n'aura aucun effet contre sa femme, qui, dans ce cas, a d'autant plus d'intérêt de n'être pas obligée civilement, qu'elle n'a aucun recours à espérer contre lui, en renonçant à la Communauté. *Vid. Tiraquellum in* 16 *Legem Connubialem, Glossa* 6, *n.* 12.

Il en est à plus forte raison de même s'il ratifiait l'obligation de sa femme après qu'elle est séparée, parce que dans ce cas elle a encore plus d'intérêt que son obligation soit nulle; et s'il en étoit autrement, il seroit au pouvoir d'un mari, chagrin contre sa femme, de l'obliger quand il voudroit, sans qu'elle en fût rien, ce qui ne seroit pas juste.

Par la même raison un mari ne peut approuver ni ratifier l'obligation de sa femme au préjudice de ses héritiers, ce qui est indubitable.

---

* *Lebrun, Comm., Liv. 2, ch. 1, s. 4, nos 3, 8.* } 3. Le mot de consentement exprès, qui est dans l'article 223 de notre Coutume de Paris, semble ne se pouvoir accorder avec les autorisations générales : car qui dit un consentement exprès, dit, selon la maniere ordinaire de parler, un consentement spécial. Nous voyons très-fréquemment que la glose rend spécialement pour expressément : par exemple, sur la Loi 1, au commencement, *ff. de Officio ejus cui mandata est Jurisd.* sur la Loi *Sed an ultro, ff. de negot. gest.* sur la Loi *Negotium*, sur la Loi derniere, *C. eod.* et sur la Loi 3, §. 1, *ff. pro Socio ;* mais on voit dans le texte même de la Loi que les Jurisconsultes ont usé de ces deux mots, *exprès* et *spécial*, comme de sinonimes, *L. Si expressim, ff. de appellation. et relation.* ou de celui de *nominatim* (qui veut dire autant qu'*expressim*) et de celui de *specialiter*, comme en la Loi *fundo legato ult. ff. de supel. leg.*

8. J'estime, nonobstant ces exemples, que les autorisations doivent être spéciales en chaque affaire, et en chaque Contrat : que ce qui doit être spécial, selon la disposition de la Coutume, doit être fait nommément et expressément, suivant les textes qui viennent d'être rapportés, nomb. 3, et que quand le Droit ne le demanderoit pas, les conséquences suffiroient pour établir la nécessité des procurations spéciales : aussi il y a un Arrêt du 18 Décembre 1652 dans Soëfve, tome 1, cent. 4, chapitre 5, et un dans M. le Prestre, cent. premiere chap. 67.

Il y a un autre Arrêt du 27 May 1702, rapporté dans les Arrêts Notables de Maître Matthieu Augeard, tome 3, page 319, qui a déclaré nulle une donation entre-vifs faite par une femme autorisée par son Contrat de mariage, avec les clauses les plus étendues ; ledit Arrêt confirmatif d'une Sentence du Châtelet du 27 Juillet 1700, qui a déclaré nulle cette donation.

Pour l'Arrêt d'Hillerin, il fut rendu sur des circonstances particulieres ; puisque le sieur Hillerin avoit fait deux transactions qui avoient été homologuées par autant d'Arrêts,

l'une du 22 Août 1665, homologuée par Arrêt de la Cour du 2 Septembre suivant, et l'autre transaction du 2 Mars 1666, homologuée par Arrêt du 10 Avril suivant; ensorte que l'autorisation générale étoit faite, *autore Prætore.*

---

* *Leprestre (Gueret), cent.* 1, *ch.* 67, *p.* 207. } Et ne peut aliener (1), ny mesme s'obliger sans l'authorité de son mary, ou à son refus de celle de la Justice, et se doit cette separation faire aussi avec grande connoissance de cause, pour crainte qu'elle ne se fasse en fraude des creanciers du mary.

(1) Il a esté jugé par plusieurs Arrests, que la femme separée de biens ne peut aliener, donner ni engager ses immeubles, sans l'authorité expresse de son mary, par Arrest donné en l'Audiance le 24 Avril 1586, entre Guillaume Bouchar appellant, et Claude Bidaut intimée, le contract de rente de 200 livres fait par la femme dudit Bouchar pendant la separation et sans son authorité, cassé et déclaré nul, de nul effet et valeur, et ce en la Coûtume d'Orleans, laquelle comme la Coûtume de Paris article 234, veut qu'une femme mariée ne se puisse obliger sans le consentement de son mary.

Par autre Arrest donné en l'Audiance le 23 Février 1602, entre Anne de Troye et le Gras, par lequel ladite de Troye ayant obtenu lettres pour estre relevée d'une obligation de 1300 livres à laquelle elle s'estoit obligée avec sa mere pendant qu'elle estoit separée d'avec son mary, et sans son authorité, bien que par le contract elle eust pris qualité d'authorisée par Justice, ses lettres luy ont esté entherinées, et elle relevée du payement de l'obligation.

Autre Arrest au rapport de M. Ribier le 16 Juillet 1605, entre Magdelaine Cartier, Olivier Fouquet, et Françoise de Goyer ayant obtenu lettres, a esté relevée d'une donation qu'elle avoit faite à une sienne parente, pendant la separation d'avec son mary, et sans son authorité, bien qu'elle l'eust qualifiée par le contract, remuneratoire. Il est vray que la Cour en ce dernier Arrest, par une équité particuliere, confirma la donation pour deux cens escus qui estoient donnez par le contract, outre l'heritage immeuble pour lequel elle la cassa. Et la raison pourquoy la femme separée de biens ne peut contracter sans l'authorité de son mary, est, que le mary est chef de sa femme; et que non seulement par toutes nos Coutûmes, mais mesme *jure Gentium* femme mariée est en puissance de mary, en telle sorte qu'elle ne peut contracter valablement sans son authorité:

[ARTICLE 1424.]

Mulieres antiquo jure, inquit Boerius. perpetua tutela continebantur: recedebant vero a tutoris potestate, quæ in manum viri convenissent. Ulpian. in frag. tit. 11. Fœminis tam puberibus quam impuberibus tutores constituuntur, et propter sexus infirmitatem, et propter usûs rerum forensium ignorantiam. Vide Brisson, de ritu nupt. pag. 14, *ubi multa.* Et rapporte les exemples des femmes qui ont esté dispensées de l'authorité de leurs maris. Or par la separation de biens, le mariage ne se dissout point, mais seulement la communauté, et par consequent l'authorité du mary demeure : et peut bien la femme s'asscurer de son bien et de ses conventions matrimoniales par la separation contre les creanciers du mary, et estre authorisée par Justice à la poursuite de ses droits, et bailler quittance de son revenu : *Ita tamen ut eadem mulier nullam habeat licentiam res suas alienandi, vivente marito, et matrimonio inter eos constante,* si ce n'est par son authorité. Au contraire, *fructibus earum rerum ad sustentationem tam sui, quàm mariti, filiorumque, si quos habet, abuti non debet,* comme le décide Justinien en termes exprés en la Loy *ubi C. de jur. dot.* Boerius tient que l'alienation ou donation faite par la femme durant la separation sans l'authorité du mary, a lieu après la mort du mary, et que la femme en peut estre convenuë. Pontanus sur la Coûtume de Blois, sur l'article *femme mariée,* soûtient le contraire, et que l'authorité du mary doit estre *in ipso actu, in ipso negotio.*, et que le mandement general n'y suffiroit pas, mais qu'il faut qu'il soit special pour l'acte, et qu'il y soit present. *Negue confessus, neque præsentia (Baldus in l. si sine Cod. ad Velleïan.) mariti sufficit, si verba authoritatis desunt. Argumento. l.* 9, *§ tutor. statim. ff. de author. tutor.* sans que le mandement general suffise. *Arg. l.* 15, *§* 5, *ff. de acquirend. hæred.* Voy. Charondas sur la Coûtume de Paris, art. 223, et sur l'article 234, qui dit que la femme ne se peut obliger sans le consentement du mary, si elle n'est séparée de biens, ou Marchande publique, mais cette obligation ne s'étend qu'aux meubles et au revenu, à l'exemple de la marchandise publique qu'elle conjoint. Arrests conformes à ce.

Depuis par autre Arrest donné au rapport de Monsieur Ribier le 16 May, entre Nicole et Jeanne Langoisseux appellantes, et Catherine du Temple, veuve de Jean Langoisseux, intimée ; il a esté jugé qu'une donation faite entre vifs par Jeanne du Temple femme separée de biens de Nicolas Pastail son mary, à ses neveux et niéces, de tous ses immeubles et meubles qu'elle avoit et auroit lors de son decez avec retention d'usufruit, estoit nulle, pour n'avoir esté ladite Jeanne du Temple authorisée par son mary, bien que separée de biens. Voy Louet, F. n. 36. (Gueret.)

---

* *Soefve, Recueil de quest. notables, Cent. 4, ch. 5, p. 360.* } *S'il est necessaire que le mary authorise sa femme* in ipso actu, *lorsqu'elle est separée de biens d'avec luy, et que par la Sentence de separation, il luy a baillé un pouvoir general de jouir et disposer de ses immeubles.*

Jugé en l'Audiance de la Chambre de l'Edit par Arrest du 18. Decembre 1652. que l'alienation faite par une femme separée de biens et d'habitation d'avec son mary, de son immeuble, sans l'authorisation expresse de sondit mary dans le contrat d'alienation, estoit nulle et de nul effet, quoy que par la Sentence de separation renduë de leur commun consentement, le mary luy eût baillé un pouvoir general d'agir, de joüir et de disposer de son immeuble, et partant que pour la validité de l'alienation faite par une femme de ses immeubles, la qualité de femme separée de biens et d'habitation d'avec son mary, ny celle d'authorisée par la Sentence de separation ne suffisent pas, mais qu'il faut que l'authorisation du mary intervienne *in ipso actu.* Desmarests et Caillard plaidoient en la cause. Pontanus sur la Coûtume de Blois en l'article commençant *Femme mariée*, tient que l'authorité du mary doit estre dans l'acte mesme, et que le mandement general ne suffiroit pas, mais qu'il doit estre special pour l'acte, *neque consensus, neque præsentia mariti sufficit, si verba authoritatis desunt.* Balde *in L. si sine. cod. ad Velleianum.* et cela par l'argument de la Loy 9. §. *Tutor statim. ff. de author. tut.* sans que le pouvoir general suffise. *Argum. L.* 25. §. 5. *ff. de acquir. hæred.* Innocent. au chap. *consuetudinis. de consuet.* remarque particulièrement que *authoritas quæ debet interponi à marito, debet formaliter inscribi in contractu.* Alexander a suivy cette opinion en son conseil 114. liv. 5. et Felin a esté de ce mesme avis, sur le titre *de præscriptionibus apud Gregor.* et Bartole *in L. cùm lex. versic. his præmissis. et versic. sed juxta prædicta. ff. de fidejuss.* a esté le premier dans ce sentiment, voire que cette obmission de solennité ainsi requise de l'authorisation du mary pour la validité des contrats de la femme, *annulat actum ab initio*, et que *ex tali contractu, nec*

naturalis, nec civilis obligatio nascitur : autre chose seroit si le mary depuis le contrat, ou obligation avoit ratifié ce qui avoit esté fait par sa femme en consequence du pouvoir general par luy à elle baillé, parce qu'en ce cas l'acte seroit valable, (bien qu'on tienne communement, que la ratification ne peut pas confirmer un contrat nul de soy,) ainsi qu'il a esté jugez par deux Arrests remarquez par Monsieur le Prestre en ses Questions de Droit centurie 2. chap. 16. l'un du 17 Juin 1598. et l'autre du 27. May 1606.

---

6 *Marcadé, sur art.* 1538 *C. N.* } Quand la femme, sans mandat formel à cet égard, ou bien par suite d'un mandat exprès, mais qui ne stipule point l'obligation de rendre compte, laisse l'administration et la jouissance de ses biens au mari, elle ne peut, quand cette jouissance vient à cesser (soit par la dissolution du mariage, soit sur la demande de la femme pendant le mariage), réclamer que les fruits existant alors, sans pouvoir demander compte de ceux qui ont été consommés ; ces derniers sont réputés avoir reçu un bon emploi, par cette raison que la femme n'ayant pas soumis le mari à l'obligation de rendre compte et ayant toujours pu, à chaque instant, faire cesser sa jouissance, on doit admettre que, tant qu'elle l'a laissé continuer, c'est que cette jouissance était ce qu'elle devait être.—Il en serait autrement, bien entendu, si le mari n'avait joui qu'en vertu d'un mandat qui lui imposait l'obligation de rendre compte : le mari serait alors vis-à-vis d'elle dans la position d'un mandataire ordinaire.—Il est évident aussi que si c'était contre la volonté de la femme et malgré son opposition que le mari eût pris ou continué la jouissance, il serait encore obligé de rendre compte.—Dans tous les cas, au surplus, et que le mari soit ou non tenu de rendre compte, qu'il jouisse avec ou malgré le consentement de la femme, c'est toujours à lui de subir les réparations d'entretien, les contributions et autres charges des fruits, puisque c'est lui qui recueille ces fruits.

Ces diverses règles, écrites dans les arts. 1577-1580 pour les biens paraphernaux, sont à suivre ici, non pas précisément par application de ces articles (car on a vu que notre section ne peut rien emprunter aux dispositions du régime dotal), mais comme conséquence des principes généraux, qui devraient encore être appliquées alors même qu'elles ne seraient nulle part formulées dans les textes.

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1538 *C. N.* } Qu'entend-on par consentement spécial? Faut-il qu'il intervienne dans l'acte même d'aliénation que fait la femme?

Par acte du 24 février 1788, *le Compte*, séparé de biens d'avec sa femme, et voulant se libérer envers elle, lui abandonne une maison estimée 36,000 liv., et trois autres immeubles désignés dans l'acte, *l'autorisant irrévocablement par l'effet des présentes, à l'effet de vendre lesdits biens aux conditions qu'il plaira à la femme, pourvu que ce ne soit pas au-dessous de l'estimation.*

Le 14 pluviôse an 3, la dame *le Comte* vend la maison à *Maupercher*, au prix de 133,000 liv., assignats.

Le Comte attaque la vente, comme faite sans autorisation spéciale, au mépris de l'article 223 de la Coutume de Paris, qui l'exige telle. *Maupercher* soutient que l'acte d'abandon de 1785, contient cette autorisation spéciale.

Le 25 fructidor an 4, jugement du tribunal de la Seine, qui relaxe *Maupercher.* Appel porté devant le tribunal de Seine et Marne. Le 5 fructidor an 7, jugement qui confirme le premier, attendu que l'art. 223 de la Coutume exige bien une autorisation expresse, mais non que cette autorisation soit donnée dans l'acte même de vente, et que, dans l'hypothèse, l'autorisation est expresse dans l'acte de 1788, puisque non-seulement la maison dont s'agit y est spécifiée, mais encore le prix au-dessous duquel elle ne peut être vendue.

Pourvoi en cassation de la part de *le Comte* ; il cite un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 23 février 1708, portant

que l'autorisation doit intervenir *in ipso actu;* le Répertoire de jurisprudence, verbo *Autorisation*, qui dit à-peu-près la même chose; D'Aguesseau, plaidoyer du 3 avril 1791, qui dit que l'autorisation doit être donnée *in rem præsentem.*

Maupercher cita de son côté Pothier, *de la Puissance du mari*, n. 71, qui dit que l'autorisation peut être donnée dans un acte qui précède la vente, et que n'importe l'intervalle. Il ajouta que le vœu de la loi et des auteurs les plus rigides, était seulement de proscrire les autorisations vagues, indéterminées et générales, par lesquelles la femme semble affranchie de la puissance maritale, à l'instant du mariage, ou d'une séparation de biens.

Le 22 brumaire an 12, arrêt de la section civile, qui rejette le pourvoi de *le Comte*, attendu que l'art. 223 de la Coutume de Paris n'exige pas que l'autorisation soit donnée dans l'acte même de vente, et que les premiers juges ont pu, sans violer aucune loi, trouver dans l'acte du 24 février 1788 une autorisation spéciale.

Notre article n'ajoutant rien à la disposition de la Coutume de Paris, peut encore s'interpréter dans le sens de cet arrêt.

---

* 12 *Pand. frs.*, *sur art.* 1538 *C. N.* } Cette disposition n'est qu'une répétition des articles 217 et 222, au titre du mariage.

Voyez ce que nous avons dit sur ces articles et sur le 1536e ci-dessus.

Voy. *Pothier*, cité sur arts. 1317 et 1422.

---

* *Rogron, sur art.* 1538 *C. N.* } *Soit par contrat de mariage.* Quelle que soit la faveur dont la loi environne ces contrats, elle ne pouvait donner le droit à la femme de se soustraire à la puissance maritale, qui est d'ordre public. *Voir* aussi les arts. 217 et 223.

[ARTICLE 1425.]

1425. Lorsque la femme séparée a laissé la jouissance de ses biens à son mari, celui-ci n'est tenu, soit sur la demande que sa femme peut lui faire, soit à la dissolution du mariage, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors.

1425. When the wife who is separated as to property has left the enjoyment of her property to her husband, the latter upon the demand which his wife may make, or upon the dissolution of the marriage, is bound to give up only the fruits which are then existing, and is not accountable for those which, up to such time, have been consumed.

---

* *C. N.* 1539. } Lorsque la femme séparée a laissé la jouissance de ses biens à son mari, celui-ci n'est tenu, soit sur la demande que sa femme pourrait lui faire, soit à la dissolution du mariage, qu'à la représentation des fruits existans, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors.

---

* *Cod. De pactis conventis, Liv.* 5, *Tit.* 14, *L.* 11. } Si mulier marito suo nomina (id est fœneratitias cautiones) quæ extra dotem sunt, dederit, ut loco paraphernorum apud maritum maneant, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum : utrumne habeat aliquas ex his actiones maritus, sive directas, sive utiles, an penes uxorem omnes remaneant, et in quem eventum dandæ sint marito actiones, quærebatur. Sancimus itaque, si quid tale evenerit, actiones quidem omnimodo apud uxorem manere, licentiam autem marito dari easdem actiones movere apud competentes judices, nulla ratihabitione ab eo exigenda, et usuras quidem eorum circa se et uxorem expendere : pecunias autem sortis, quas exegerit, servare mu-

lieri, vel in causas ad quas ipsa voluerit, distribuere. Et si quidem in dotali instrumento hypothecæ pro his nominatim à marito scriptæ sint, his esse mulierem ad cautelam suam contentam. Sin autem minimè hoc scriptum inveniatur : ex præsenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit. Ante etenim habeat mulier ipsa facultatem (si voluerit) sive per maritum, sive per alias personas easdem movere actiones, et suas pecunias percipere, et ipsas cautiones à marito recipere, securitate ei competente facienda. Dum autem apud maritum remanent eædem cautiones : et dolum et diligentiam maritus circa eas præstare debet, qualem et circa suas res habere invenitur : ne ex ejus malignitate vel desidia aliqua mulieri accedat jactura. Quod si evenerit : ipse eam de proprio resarcire compelletur.

Datum calend. novembr. Lampadio et Oreste v. cc. Coss. 530. (IMP. JUSTINIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. P. A. Tissot. } Si la femme a remis ses créances, (c'est-à-dire ses contrats, qui constent qu'il lui est dû une somme de laquelle les débiteurs supportent les intérêts) à son mari, afin qu'il les ait comme biens paraphernaux, et si cela a été mis dans le contrat dotal, on demandait lesquelles des actions directes et utiles le mari peut exercer, ou si toutes ces actions restent à la femme ; et dans ce cas, dans quelles circonstances elles doivent être données au mari. C'est pourquoi nous ordonnons, s'il arrive qu'un tel cas se présente, que les actions restent absolument à la femme, et que le mari ait cependant la faculté de les exercer pardevant les juges compétens, sans qu'on exige de lui une caution qui garantisse que ce qu'il fait sera approuvé par sa femme, et d'employer les intérêts de ces créances à son entretien et à celui de sa femme. Nous ordonnons qu'il conserve à sa femme le montant des capitaux qu'il a exigés ou qu'il en fasse l'usage qu'elle lui indiquera ; que si le contrat dotal porte que ces créances seront hypothéquées sur des biens du mari désignés nominativement, la femme se contente de cette hypothèque particulière. Mais si le titre dotal

ne crée aucune hypothèque, qu'elle ait, d'après la présente loi, une hypothèque générale sur tous les biens du mari, à compter de l'époque à laquelle il a reçu les paiemens ; mais si ces dettes n'ont pas été exigées par le mari, que la femme ait la faculté d'exercer ces actions et de recevoir les paiemens par elle-même, si elle le veut, ou par son mari ou par autres personnes, d'exiger de son mari ces créances, en lui en donnant en même tems une décharge. Le mari, pendant qu'il en est en possession, doit répondre de son dol, et mettre dans ce qui concerne ces affaires les mêmes soins qu'il met aux siennes propres ; de peur que par sa méchanceté ou sa négligence, la femme n'éprouve quelque perte ; et dans le cas qu'il lui en survienne par les causes dont nous venons de parler, qu'il soit obligé d'indemniser sa femme avec son propre patrimoine.

Fait pendant les cal. de novembre, sous le consul. de Lampadius et d'Oreste. 530. (Emp. Justinien).

---

* 3 *Maleville, sur art.* 1539 *C. N.* } *Voyez* les articles 1577, 1578, 1579 et 1580 qui peuvent servir d'interprétation à celui-ci.

---

* 12 *Pand. frs., sur art.* 1539, *C. N.* } Cet article ne donne lieu à aucune réflexion, si ce n'est que le mari qui a perçu les fruits doit être tenu des réparations ordinaires des biens, sauf celles qui sont à faire au moment où il cesse de jouir, si elles ne proviennent point de sa négligence.

Voy. autorités sur art. 1424.

---

* 3 *Delvincourt, p.* 53. } La femme séparée contractuellement peut laisser à son mari la jouissance de ses biens. Mais lors de la cessation de cette jouissance, de quelque ma-

nière qu'elle arrive, la femme ne peut demander au mari aucun compte des fruits consommés (1), mais seulement la représentation de ceux qui sont encore existans.

(1) *La femme ne peut demander au mari aucun compte des fruits consommés.* Il est censé les avoir employés, du consentement de sa femme, aux besoins du ménage, ou les lui avoir remis au fur et mesure. Dès que la femme a eu assez de confiance en son mari pour le laisser jouir de ses biens, l'on peut supposer qu'il a pu lui remettre ses revenus, sans exiger de quittances: *res amarè non sunt tractandæ inter conjuges.*

Quid, si le mari a administré les biens de sa femme en vertu de sa procuration? il faut distinguer: Si la procuration est pure et simple, on appliquera ce que nous venons de dire. On présumera que la femme n'a donné sa procuration à son mari, que pour qu'il pût jouir plus facilement, traiter avec les fermiers, les gens d'affaires, donner quittance des revenus, etc. Mais si la procuration contenait charge de rendre compte, il sera tenu envers elle comme tout mandataire. (Argument tiré de l'article 1577.)

Quid, s'il a joui malgré sa femme? Si l'opposition de celle-ci est constatée, le mari sera tenu de lui rendre tous les fruits, tant existans que consommés. (Argument tiré de l'article 1579.)

Dans tous les cas, de quelle négligence est-il responsable? il doit administrer en bon père de famille, en observant, d'un côté que, comme nous l'avons dit, *res amarè tractandæ non sunt inter conjuges;* et de l'autre, que sa responsabilité doit être, à mon avis, plus rigoureuse, lorsqu'il a joui malgré sa femme.

---

* *Rogron, sur art.* 1539 *C. N.* } *Qui ont été consommés.* Le mari est alors censé avoir employé ces fruits aux charges du mariage, du consentement de sa femme, ou les lui avoir remis en même temps qu'il les recevait.

[ARTICLE 1426.]

CHAPITRE TROISIÈME.

DES DOUAIRES.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1426. Il y a deux espèces de douaire, celui de la femme et celui des enfants.

Chacun de ces douaires est soit légal ou coutumier, soit préfix ou conventionnel.

CHAPTER THIRD.

OF DOWERS.

SECTION I.

GENERAL PROVISIONS.

1426. There are two kinds of dower, that of the wife and that of the children.

These dowers are either legal or customary, or prefixed or conventional.

Voy. *Rapport de MM. les Commissaires* sur ce titre, Bib. C. C. Vol. 9, p. 727.

---

* 2 *Laurière*, *Douaire*, *sur tit. onzième*, *Cout. de Paris*, *p.* 251 *et s.* } Peu de gens savent ce que c'est qu'un *Douaire ;* quoiqu'il n'y ait rien de si commun, ni de si fréquent qu'un Douaire dans le commerce de la vie.

Tacite *de moribus Germanorum*, écrit que les Allemands ne recevoient point en mariage de dot de leurs femmes, et que c'étoit les maris qui les dotoient. *Dotem non uxor marito*, *sed uxori maritus offert.* Et nos premiers François, qui étoient originaires d'Allemagne, retinrent cette Coutume.

En l'année 524, les Peres du Concile d'Arles ordonnerent, suivant les Loix Romaines, qu'il n'y auroit à l'avenir aucun mariage sans dot, *nullum sine dote fiat conjugium*, *juxta possibilitatem* fiat dos, *nec sine publicis nuptiis quisquam nubere præsumat.* Voyez la Loi 3, *cod. Th. de nuptiis*, *et Gratian*, *Caus.* 30, Q. 5.

Ainsi ce fut après ce Concile une nécessité absolue aux

maris de doter leurs femmes, puisque c'étoit à eux, suivant leurs mœurs, de fournir la dot. Et afin que la constitution, qui étoit de l'essence du mariage, en fût plus certaine et plus authentique, nos Rois de la seconde Race ordonnerent que les maris doteroient leurs femmes, de l'avis des amis communs, et du Curé ou du Prêtre, qui devoit donner la bénédiction nuptiale.

Sancitum est ut nuptiæ ab his qui nubere cupiunt fiant, quia sæpe in nuptiis clam factis, gravia peccata, tam in sponsis aliorum, quam et in propinquis, sive adulterinis conjugiis, et quod pejus est dicere consanguineis adcrescunt, vel adcumulantur. Ex his autem procreari solent cœci, claudi, gibbi, et lippi, sive alii turpibus maculis aspersi. Et hoc ne deinceps fiat cavendum est, sed prius conveniendus est sacerdos, *in cujus parochia nuptiæ fieri debent in Ecclesia coram populo, et ibi inquirere unà cum populo ipse Sacerdos debet, si ejus propinqua sit, aut non, aut alterius uxor, vel sponsa, vel adultera, et si licita omnia pariter invenerit*, tunc per consilium et benedictionem Sacerdotis, et consultu aliorum bonorum hominum, eam sponsare et legitime dotare debet, *lib.* 7, *Capitular.* cap. 79.

Ce Capitulaire est encore observé dans les mariages ; et de là vient que cette formule, rapportée par Beaumanoir, et prescrite par les Rituels, se dit à l'Eglise, en présence du Prêtre, par le mari qui constitue le Douaire à sa femme. *Je vous doue du douaire dont il a été convenu entre vos parens et les miens, duquel ces deniers sont la représentation.* Où il faut remarquer que dans les bas siecles, on a changé, par erreur, l'usage des deniers que le mari met dans la main de sa femme ; car au lieu qu'ils sont à présent la représentation du Douaire, ils étoient autrefois le prix des femmes que les maris achetoient, et au moyen duquel elles passoient sous leur puissance, où elles étoient encore, parce qu'elles n'apportoient rien en mariage ; car comme dit très-bien Plaute *in aulularià, v.* 60, *act.* 3, *sc.* 5. *Quæ indotata est ea in potestate est viri.* Voyez ce qu'on a remarqué sur le Titre 10 *de Communauté.*

[ARTICLE 1426.]

Ce qu'on appelle *Douaire* est donc la véritable dot des femmes ; car parmi nous elles n'en ont point d'autres ; et si les maris ont la jouissance des biens qu'elles possedent, c'est uniquement par droit de puissance maritale, et en qualité de baillistres et de gardiens. *Tibi domum reverso, et pulveri assuescenti multa dediscenda sunt, nam jure patrio nulla nobis dos, ut illo quidem jure nulla constituta dotis jura, nullus fundus dotalis, nulla lex Julia, nulla usucapiendi inhabilitas. Mulieris patrimonium sic in bonis ejus est, ut mariti non sit alienabile, commerciale, prescriptibile, quomodo alterius cujuscumque.* Argentreus *in Antiq. Cons. Britanniæ, art.* 419, *gloss.* 1, *n.* 2. Joignez Loiseau, *du Déguerpissement*, liv. 2, ch. 4, n. 3, 4, 5, 6, etc. La suite *des Droits de Patronage*, p. 388. *Stieresgook de jure Suconum et Gothorum vetusto, lib.* 2, *cap.* 1, *p.* 155, *et p.* 161 ; et la note sur l'article 48.

---

* 2 *Argou, Liv.* 3, *ch.* 10, *p.* 126. } Le douaire, aussi bien que l'augment de dot, peut être stipulé par les parties : c'est ce qu'on appelle douaire préfix, ou douaire conventionnel : au défaut de la convention des parties, la plupart des coutumes le reglent, et donnent à la femme la jouissance d'une portion des héritages que le mari possédoit au jour de la bénédiction nuptiale, et de ceux qui lui échéent en ligne directe durant le mariage, soit à titre de donation, de legs, ou de succession.

---

2 *Prevost de la Jannès, Tit.* 7*e*, *nos* 386, 387. } 386. Le droit Romain, ainsi que le droit coutumier, ont accordé aux veuves un gain de survie pour leur aider à s'entretenir suivant leur qualité. Ce gain de survie s'appelle *augment* dans les pays de droit écrit, et *douaire* dans les pays coutumiers ; il est fort différent dans les uns et dans les autres.

387. Le douaire est un droit accordé à la femme en cas de survie, sur les biens de son mari, dont le fonds dans plusieurs Coutumes forme une légitime au profit des enfans contre les créanciers postérieurs au mariage.

Il faut voir en quoi il consiste, quelles en sont les charges, quand l'action en est ouverte, et quand il finit.

Le douaire Coutumier est une portion en usufruit, que la loi accorde à la veuve dans les biens de son mari ; l'origine de ce douaire vient vraisemblablement des anciennes mœurs des François et surtout de la loi Salique, qui n'admettoient aux successions que les mâles.

Une femme suivant ces mœurs n'ayant point de biens de son chef, il falloit que la loi lui donnât dans les biens de son défunt mari de quoi subsister.

Le douaire conventionnel est celui dont on convient par le traité de mariage, ce douaire fait cesser le Coutumier ; car la loi n'est censée accorder douaire qu'au défaut de celui-là, c'est un des cas où *per provisionem hominis cessat provisio legis.*

Les Parties pourroient même convenir que la femme n'auroit ni douaire préfix, ni coutumier.

Renusson, Douaire, ch. 1, nº 1. } Nos Coûtumes attribuent à la femme qui survit son mari, l'usufruit d'une partie des biens du mari ; c'est ce que nous appellons Doüaire. C'est un ancien Droit coûtumier, les Coûtumes sur cela ne sont pas uniformes, elles ont quelque difference : les unes veulent que le Doüaire soit de la moitié des biens propres du mari, les autres veulent qu'il soit seulement du tiers, les unes veulent qu'il soit simplement viager à la femme, les autres veulent non seulement qu'il soit viager à la femme, mais encore qu'il soit propre aux enfans issus du mariage. Il y a deux sortes de Doüaire, il y a le Doüaire coûtumier, et il y a le Doüaire préfix : Le Doüaire coutumier est celui qui est attribué par la Coûtume, et qui est acquis à la femme de plein droit, en vertu de la Coûtume : Le Doüaire préfix est celui qui est stipulé et convenu par le Contrat de mariage et qui est réglé autrement que par la Coûtume.

[ARTICLE 1426.]

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *n*° 1, 2, 4. } 1. Le *douaire de la femme* est ce que la convention ou la loi accorde à la femme dans les biens de son mari, pour sa subsistance, en cas qu'elle lui survive.

2. Il y a néanmoins un petit nombre de coutumes qui n'admettent encore que le douaire conventionnel. Lorsque les biens de l'homme qui se marie, sont régis par ces coutumes, la femme ne peut prétendre aucun douaire, si elle a été mariée sans contrat de mariage, ou si, par le contrat de mariage, il ne lui en a été accordé aucun.

Telles sont les coutumes de la Marche, de la Rochelle, de Cambrai, d'Issoudun, de Vatan, etc.

Il y en a qui font à cet égard une distinction entre les femmes nobles et les roturières.

4. Ce n'est pas dans le droit romain qu'on doit chercher l'origine du douaire: il n'y a rien dans ce droit qui y ait rapport. Nous la trouvons plutôt dans les mœurs des anciens peuples de Germanie, qui se sont établis dans nos provinces. Tacite, *de Moribus Germanorum*, rapporte que chez ces peuples les femmes n'apportaient pas de dot aux maris, mais en recevaient : *Dotem non uxor marito, sed maritus uxori offert.* Cette dot que la femme, au rapport de Tacite, recevait du mari, était vraisemblablement la même chose que ce qu'est notre douaire, c'est-à-dire quelque portion que l'homme, en se mariant, assignait dans ses biens à la femme qu'il épousait, pour que la femme en jouît après la mort de son mari, en usufruit pour sa subsistance. Les femmes, chez la plupart de ces peuples, comme chez les Saliens, étant incapables de succéder aux héritages de leurs parents, il était nécessaire que les maris pourvussent de leurs biens, après leur mort, à la subsistance de leurs veuves.

Il est fait mention du douaire dans les capitulaires de nos rois. Il est dit au liv. 7, cap. 179, de la collection de Benedictus Levita, que l'homme, en se mariant, doit doter la femme qu'il épouse, c'est-à-dire lui assigner un douaire : *Per consi-*

lium et benedictionem sacerdotis, et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitimè dotare debet.

De là cette ancienne formule qui était usitée autrefois dans les célébrations de mariage, comme nous l'apprenons de Philippe de Beaumanoir, qui rapporte que le prêtre fait dire à l'homme, quand il épouse la femme: "*Du douaire qui est devisé entre mes amis et les tiens, te doue.*" (*Ibid.*, ch. 13, nº 12, *in fine.*)

1427. Le douaire légal ou coutumier est celui que la loi, indépendamment de toute convention, constitue par le simple fait du mariage, sur les biens du mari, au profit de la femme en usufruit, et des enfants en propriété.

1427. Legal or customary dower is that which the law, independently of any agreement, and as resulting from the mere act of marriage, establishes upon the property of the husband, in favor of the wife as usufructuary, and of the children as owners.

* *Cout. de Paris,* *arts.* 247, 263. } 247. Femme mariée est doüée de Doüaire coûtumier, posé que par exprès au traité de son mariage ne lui eût été constitué ni octroïé aucun Doüaire.

263. Le Doüaire, soit en espece, rente ou deniers promis à une femme, n'est qu'à la vie de la femme tant seulement, s'il n'y a enfans nez et procréez du mariage. Et doit tel Doüaire, après le trepas de la femme, revenir aux héritiers du mari, s'il n'y a Contrat au contraire.

---

* 2 *Argou, Liv.* 3, *ch.* 10, *p.* 130 *à* 134. } Il y a deux observations à faire sur cela. La premiere, que dans les coutumes où le douaire passe aux enfans, il leur appartient,

soit que la femme ait survécu le mari, ou qu'elle soit décédée avant lui ; à la difference de l'augment de dot, qui ne passe jamais aux enfans que par le canal de la mere survivante.

La seconde est, que le douaire n'appartient jamais aux enfans, que la coutume n'en ait fait une disposition expresse en leur faveur ; et dans toutes celles qui ne parlent point des enfans, le douaire finit par la mort de la veuve douairiere.

Dans la plupart des coutumes, la femme ne jouit de son douaire que par usufruit ; après sa mort, le fonds du douaire retourne aux enfans du mari, ou comme héritiers de leur pere, ou comme douairiers ; et au défaut d'enfans, ce fonds retourne aux autres héritiers du mari, et fait partie de sa succession : mais on peut stipuler que la femme aura son douaire en pleine propriété ; c'est ce qu'on appelle douaire sans retour, parce qu'en ce cas il ne retourne point dans la succession du mari.

Mais il faut que cette stipulation soit bien expresse et bien claire, et qu'il soit dit que la femme aura pour son douaire une telle terre, ou une telle somme, pour en jouir sans retour, ou en pleine propriété, ou autres termes, qui marquent si bien l'intention des parties, qu'on ne leur puisse pas donner un autre sens, ni en faire une autre application. Il ne suffiroit pas, par exemple, de dire simplement que la femme sera douée de la somme de 20000 livres ; car, quoiqu'il semble qu'on lui donne par cette expression la somme de 20000 livres en propriété, néanmoins la stipulation doit être expliquée par le droit commun, qui ne donne à la femme le douaire qu'en usufruit. Il y a néanmoins quelques coutumes, mais en petit nombre, qui donnent la propriété du douaire à la femme.

Il y a des coutumes où la femme est saisie de plein droit de son douaire, soit préfix ou coutumier, du jour du décès du mari. Dès ce moment elle gagne les revenus des immeubles, les arrérages des rentes, ou l'intérêt de l'argent qui doit servir de fonds au douaire. Il y a d'autres coutumes où la femme n'est point saisie du douaire, et ne commence à en

avoir la jouissance que du jour qu'elle en a fait la demande aux héritiers du mari, qu'on appelle demande en délivrance de douaire.

Lorsque le douaire consiste en l'usufruit des immeubles, la douairiere en doit jouir à sa caution juratoire, tant qu'elle demeurera en viduité ; mais si elle se remarie, elle doit donner bonne et suffisante caution, comme tous les autres usufruitiers : cette caution est de tenir les lieux en bon état, et de jouir en bon pere de famille, ou de rendre le fonds du douaire, s'il consiste en une somme d'argent.

Le douaire coutumier est un droit réel, qui ne se regle pas par la coutume du lieu où le contrat de mariage a été passé, ni par la coutume du domicile des deux conjoints, mais par celle du lieu où les héritages sujets au douaire sont situés. De là il résulte deux choses. La premiere est, que quoique le mari et la femme aient leur domicile dans une coutume qui défend de donner un douaire préfix plus fort que le coutumier, cette prohibition n'opere rien, lorsque le mari a des biens suffisans en d'autres coutumes pour payer le douaire préfix, parce qu'alors il n'y a rien qui empêche que le douaire préfix ne soit payé sur les biens qui ne sont pas assujettis à la coutume prohibitive.

La seconde chose est, que le douaire coutumier de la femme peut être indifférent, suivant les diverses coutumes où les héritages du mari sont situés : dans les unes, il sera de la moitié : dans les autres du tiers ; les enfans auront le douaire dans une coutume, ils ne l'auront pas dans l'autre. Il est vrai que, pour faire passer le douaire coutumier ou le douaire préfix en la personne des enfans, quoique les biens soient situés en des coutumes qui ne le leur donnent pas, même en celles qui défendent de stipuler un douaire préfix plus fort que le coutumier, on peut stipuler, ou pour mieux dire, on stipule ordinairement dans le contrat de mariage, que les parties se soumettent à la coutume de Paris, dérogeant à toutes autres coutumes contraires.

[ARTICLE 1427.]

* 6 *Pothier (Bugnet), Douaire, n° 291.* } 291. Le *douaire des enfants* est un certain fonds, soit en héritages ou rentes, soit en argent, que la loi municipale ou la convention du contrat de mariage charge l'homme qui se marie, de laisser, après sa mort, aux enfants qui naîtront du mariage, à la charge d'en laisser jouir la mère pendant sa vie.

Dans la coutume de Paris et dans les autres coutumes qui accordent un douaire aux enfants (sauf dans celle de Normandie, où le tiers coutumier des enfants ne se règle que par le douaire de leur mère), le douaire des enfants consiste dans la propriété des mêmes choses dont la loi ou la convention a assigné l'usufruit à la femme pour le sien.

De là il suit que le douaire des enfants et celui de la femme sont un seul et même douaire, dont la femme a l'usufruit et les enfants ont la propriété.

De là il suit que, de même qu'il y a deux espèces de douaires de la femme, le *coutumier* et le *préfix*, ou *conventionnel*, il y a pareillement deux espèces de douaires des enfants, le *coutumier* et le *préfix*, ou *conventionnel.*

Voy. *Prevost de la Jannès*, cité sur art. 1426.

---

* 12 *Pand. frs., p.* 165-6. } 421. Autrefois le douaire étant essentiellement viager, lorsqu'on avait dit qu'il consisterait dans une somme une fois payée, sans dire que la femme en aurait la propriété, les parties étaient censées ne lui avoir accordé que l'usufruit de cette somme, et la propriété en appartenait aux enfans (Arrêt rapp. au 4e tome du Journal des Audiences). Cela était fondé sur la règle que l'on sous-entend toujours dans les conventions, ce qui est de coutume et se pratique ordinairement (*In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis. FF. de divers. Regul. jur.*)

1428. Le douaire préfix ou conventionnel est celui dont les parties sont convenues par le contrat de mariage.	1428. Prefixed or conventional dower is that which the parties have agreed upon, by the contract of marriage.

---

* *Cout. de Paris*, *art.* 255. } Le Doüaire constitué par le mari, ses parens, ou autres de par lui, est le propre heritage aux enfans issus dudit mariage, pour d'icelui jouir après le trepas de pere et mere, incontinent que Doüaire a lieu.

---

* 2 *Laurière, sur art.* 255 *Cout. de Paris.* } Voyez la note sur l'article 249; l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 40, p. 261; Papon, liv. 21, *Arrest. num.* 18.

Le Doüaire constitué par le mari, est le propre héritage aux enfans.] C'est-à-dire, que les enfants sont propriétaires du Douaire préfix, comme du coutumier, pendant la vie de leur pere et mere, quoiqu'ils n'en doivent avoir la jouissance qu'après le décès des pere et mere.

Non seulement les enfans ont la propriété du Douaire préfix, mais le Douaire préfix leur est encore propre de ligne; à moins toutefois qu'il ne soit d'une somme de deniers. Car, suivant l'article 259, *Doüaire d'une somme de deniers pour une fois païer, venuë aux enfans, est réputé mobilier, et perd la nature de Doüaire, et y succedent les plus proches héritiers mobiliaires.*

Si les enfans douairiers prennent un héritage de la succession de leur pere, pour le Douaire qui leur est dû en argent, cet héritage leur sera-t-il propre, ou acquêt? Quelques-uns de nos Auteurs décident qu'il sera acquêt; mais il est difficile de concilier cet avis avec l'article 26, à la fin, et avec les Arrêts qui l'ont interprété. *Voyez M. Riccard sur ce même article.*

[ARTICLE 1429.]

Pour d'icelui jouir après le trépas de pere et de mere.] Le Douaire étant introduit pour subvenir à la nourriture des veuves, et à l'éducation des enfans, la disposition de cet article devroit, ce semble, être étendue à la mort civile. Il y a néanmoins des Arrêts qui ont jugé que la femme du vivant de son mari, mort civilement, ne pouvoit point demander de Douaire, mais seulement se faire adjuger une pension ou provision sur ses biens. *Voyez M. Tournet.*

Incontinent que Douaire a lieu.] C'est-à-dire, incontinent que les enfans ont renoncé à la succession de leur pere, et se sont tenus au Douaire de leur mere prédécédée ; car le Douaire n'a lieu, et n'appartient aux enfans que quand ils se sont abstenus de la succession de leur pere, selon l'article 250 ; ces mots ne sont donc pas inutiles, comme un de nos Auteurs l'a écrit.

On demande si le Douaire préfix peut excéder le coutumier ? Et aujourd'hui il faut dire qu'il le peut ; ce qu'il ne pouvoit autrefois. *Voyez* des Mares, décision 218.

Mais il faut tenir pour constant qu'il n'est pas possible qu'il excede les biens du mari. Et tel étoit anciennement l'usage à Paris. *Voyez* des Mares, décision 237.

Voy. autorités sur art. 1426.

1429. Le douaire préfix exclut le coutumier ; cependant il est permis de stipuler que la femme et les enfants auront droit de prendre l'un ou l'autre à leur choix.	1429. Conventional dower excludes customary ; it is however lawful to stipulate that the wife and the children shall have the right to take either the one or the other, at their option.

Voy. autorités sur art. 1426 et s.

* *Cout. de Paris, art.* 261. } Femme doüée de Doüaire préfix, ne peut demander Doüaire coûtumier, s'il ne lui est permis par son traité de mariage.

---

* 2 *Laurière, sur art.* 261 *Cout. de Paris.* } Le Douaire étant acquis aux enfans par la mere dont il est la dot, suivant les autorités citées sur ce titre, il faut nécessairement dire, que les enfans au cas de cet article, doivent suivre le choix de leur mere. C'est l'avis de Messieurs Ricard et Auzannet, qui est juridique. *Voyez l'art.* 249.

---

* 2 *Argou, Liv.* 3, *ch.* 10, *p.* 142. } Quand la femme a le choix du douaire préfix ou du coutumier, soit par la disposition de la coutume, soit par son contrat de mariage, si les enfans ont la propriété du douaire, ils sont obligés de se tenir au choix de leur mere ; ce qui leur peut être quelquefois très-désavantageux : il peut arriver que le revenu du douaire préfix sera plus grand et plus facile à percevoir ; et ainsi une femme qui voudra se remarier, ou qui n'aimera pas ses enfans, choisira le douaire préfix, quoique le fonds du douaire coutumier soit plus considérable ; mais si la femme n'a pas consommé son choix, cette faculté passe aux enfans.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire, n*° 138. } 138. Il n'est pas douteux que la femme ne peut pas avoir tout à la fois le douaire conventionnel et le douaire coutumier ; mais c'est une question sur laquelle les coutumes sont partagées, de savoir si, lorsqu'on a accordé, par le contrat de mariage, un douaire à la femme, elle est recevable, en renonçant au conventionnel, à prétendre le coutumier ?

La coutume de Paris le lui refuse par l'art. 261. Il y est dit : " Femme douée de douaire préfix ne peut demander

" douaire coutumier, s'il ne lui est permis par son contrat " de mariage."

Les coutumes d'Orléans, de Blois, et un très grand nombre d'autres, ont une pareille disposition.

La raison est, que le douaire conventionnel a été autrefois le seul douaire. C'est pour subvenir aux femmes auxquelles il n'avait pas été pourvu d'un douaire par leur convention de mariage, que Philippe Auguste, et ensuite les coutumes, ont établi le douaire légal ou coutumier.

Par cette raison, la coutume de Paris et la plupart des autres n'accordent le douaire coutumier qu'à défaut du conventionnel. Lorsqu'il y en a un, elles ne permettent pas à la femme de prétendre autre chose que ce qu'elle est convenue elle-même qu'elle aurait pour son douaire.

1430. L'option faite par la femme, après l'ouverture du douaire, lie les enfants, lesquels sont tenus de se contenter de celui des deux douaires qu'elle a choisi.

Si elle meurt sans avoir fait ce choix, la faculté de le faire passe aux enfants.

1430. The option made by the wife, after the opening of the dower, binds the children, who must remain satisfied with whichever dower she has chosen.

If she die without having made the choice, the right of making it passes to the children.

Voy. autorités sur art. 1426 et s. et *Argou*, cité sur art. 1429.

Renusson, Douaire, ch. 4, *n*os 13, 14, 15, 16.

13. Quand par le Contrat de mariage on a constitué à la femme un Douaire préfix d'une somme de deniers ou d'une rente, et qu'il est dit, si mieux n'aime le coustumier, elle a le choix de l'un ou de l'autre ; mais lorsqu'elle a fait son option, par

exemple, si elle a choisi le Douaire préfix, elle n'est plus recevable à changer de volonté et à demander le coustumier, quand même les choses seroient entieres et qu'elle ne seroit point encore entrée en joüissance. Il y a en Droit la Loy *apud Aufidium D. de optione et electione legata*, qui peut être alleguée à ce sujet. Cette Loy dit que quand on a droit d'option, et que l'option a été faite, on ne peut plus varier. Voici les termes de cette Loy : *Apud Aufidium primo libro rescriptum est, cùm ita legatum est ; Vestimenta quæ velis triclinaria sumito tibique habeto ; si is dixisset quæ vellet, deinde antequam sumeret alia se velle dixisset, mutare voluntatem eum non posse ut alia sumeret quia omne jus legati prima testatione consumpsit.* La question s'en étant présentée pour le Douaire, on a jugé que la femme qui avoit fait son option, et qui depuis changeant de volonté, faisoit une demande contraire à son option, n'y étoit pas recevable ; elle fut deboutée de sa demande, par Arrest du 9 Janvier 1596, rapporté par Mornac sur la Loy 21. *Qui domum D. de actionibus empti :* et sur la Loy 11, *de facti et juris ignorantia.*

14. La femme qui auroit fait son option en minorité et qui obtiendroit Lettres de Rescision, pour être restituée contre l'option qu'elle auroit faite, sous pretexte qu'elle auroit été lesée, n'y seroit pas encore recevable. Cette question s'étant presentée, elle fut declarée non recevable par Arrest du dernier Mars 1637 rendu à l'Audience de la Grande Chambre de relevée, qui est rapporté par Me Barthelemi Ozanet en ses Memoires, sur l'article 261 de la Coustume de Paris : la raison est que la femme a son Douaire en quelque façon, à titre lucratif ; c'est pourquoy on ne peut pas dire qu'elle ait esté lezée quand elle a fait son option, et qu'elle a usé de la faculté qui lui a été donnée par son Contrat de mariage, d'opter le Douaire préfix ou coustumier.

15. En second lieu, la femme étant capable de joüir de son Douaire, quoyqu'elle soit encore mineure, elle est censé capable de faire son option du Douaire préfix ou coustumier, lorsque la faculté luy en est donnée par son Contrat de ma-

riage ; quand elle a fait son option, elle ne peut plus varier, elle est censée capable de la faire ; de même qu'un pourvû d'un benefice, quand il a l'âge requis par la Jurisprudence canonique, pour estre pourvû d'un benefice, il est censé capable de disposer des fruits du benefice, et de faire ce qu'un majeur pourroit faire pour la joüissance du benefice, et même de la resigner. La Coustume de Chalons article 43. dit: *Douaire préfix fait cesser Doüaire coûtumier, sinon que par Contrat de mariage le choix fut baillé à la femme d'opter celui qu'elle voudroit, préfix ou coustumier ; auquel cas est tenuë d'opter dedans trois mois, après le trépas de son mari, si elle est noble : et dedans quarante jours si elle est roturiere : et si elle opte l'un des deux, encore qu'elle fût mineure (pourvû toutefois qu'elle étant mineure ait fait l'option par l'avis de deux de ses prochains parens, ou de deux amis, en défaut de proches parens) ne peut varier et retourner à l'autre.*

16. Quand la femme qui a faculté d'opter le Douaire coustumier ou préfix ne fait pas son option de son vivant, et decede sans avoir fait l'option, elle est transmise à ses enfans; et si elle decede sans enfans, et laisse des heritiers collateraux, ils auront pareillement l'option du Douaire coustumier ou préfix, pour les arrerages écheus qui peuvent être dus depuis le decés du mari jusques au decés de la femme. La raison est que tous droits qui sont acquis, particulierement ceux qui sont acquis par contrats, pactions et conventions sont transmissibles aux heritiers ; la raison est que chacun ne se regarde pas seulement soy-même, mais aussi ceux qui luy doivent succeder; ce droit d'option est un droit utile, qui fait partie de la succession. La question s'en étant presentée, elle a esté ainsi jugée par Arrest, prononcé en Robes rouges le 23 Decembre 1551, par Monsieur le Maistre, premier President. L'Arrest rendu entre Gasperne, Massot, et le Grand, en l'heredité de Charlotte Thibaut. Lequel Arrest est rapporté par du Luc. Il est pareillement rapporté par Coquille, en ses questions et Reponses, chap. 145.

[ARTICLE 1431.]

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *n°* 321. } 321. Lorsqu'un homme domicilié sous la coutume de Paris, ou sous quelque autre semblable, a, par son contrat de mariage, donné à sa femme, pour son douaire, le choix de deux choses, *putà*, " de l'usufruit d'un certain héritage, ou de cent pistoles de rente," le douaire des enfants dépend en ce cas du choix que la femme fera. Si elle choisit pour son douaire l'usufruit de cet héritage, les enfants auront pour leur douaire la propriété de ce même héritage ; et si au contraire elle choisit la rente, les enfants, pour leur douaire, auront la propriété de cette rente.

C'est une suite de notre principe que le douaire des enfants est le même que celui de la femme, dont les enfants ont la propriété, et la femme l'usufruit. Il ne peut donc consister que dans la propriété de la même chose que la femme a choisie pour son douaire.

1431. A défaut de contrat de mariage, ou si dans celui qui existe, les parties ne s'en sont pas expliquées, le douaire coutumier a lieu de plein droit.

Mais il est permis de stipuler qu'il n'y aura aucun douaire, et cette stipulation s'étend aux enfants comme à la femme.

1431. If there be no contract of marriage, or if in that which has been made the parties have not explained their intentions on the subject, customary dower accrues by the sole operation of law.

But it is lawful to stipulate that there shall be no dower, and such a stipulation binds the children as well as the mother.

Voy. *Prevost de la Jannès*, cité sur art. 1426 et autorités sur arts. 1427 et 1429.

---

* *Renusson, Douaire, ch. 4, n° 12.* } Nous avons dit que dans la Coustume de Paris, on pouvoit constituer Douaire prefix, excedant le coustumier; mais aussi on peut constituer Douaire moindre que le coustumier : on peut stipuler que le Douaire de la femme sera seulement du tiers ou du quart des heritages propres du mari, au lieu que la Coustume de Paris dit qu'il est de la moitié ; il n'y a point de disposition dans la Coustume de Paris qui ôte cette liberté ; on peut stipuler Douaire prefix moindre que le coustumier, de même qu'on peut stipuler un Douaire excedant le coustumier. On peut même stipuler que la femme n'aura point de Douaire et qu'elle y renonce : on peut renoncer à l'avantage que donne la Coustume, et telle renonciation aura lieu et son effet, même à l'égard des enfans issus du mariage. Telle convention a été authorisée et jugée valable par Arrest rendu le 10. May 1633. sur un appointé au Conseil, à la grande Chambre, après que la cause y avoit été plaidée. La raison est que le Douaire des enfans a une cause conjointe avec celuy de la femme; le Douaire qui est viager à la femme, est propre aux enfans: c'est pourquoy la femme renonçant par son Contrat de mariage au Douaire, les enfans ne peuvent pas pretendre de Douaire. Voyez le Chapitre suivant, du Douaire propre aux enfans, où cette question est traitée.

---

* *Loysel* (*Laurière, Dupin*), *Liv.* 1, *Tit.* 3, *Des Douaires*, *p.* 185. } 152. Douaire coutumier ne laisse d'être dû, ores que la femme n'ait rien apporté.

Cette règle est prise de l'art. 190 de la coutume de Blois.

On a fait voir, dans le *Glossaire du Droit français*, et sur le titre *des Douaires*, de la coutume de Paris, qu'anciennement en France les femmes n'avaient point d'autre dot que leur douaire, et que les maris étaient obligés de les doter; et quoique l'usage soit depuis longtemps que les mariages ne se fassent point, à moins que les femmes n'apportent quelques biens en mariage, les maris leur doivent toujours des dots ou

des douaires, quand même elles ne leur auraient rien apporté. Si cependant la femme, qui se marie elle-même, avait trompé son mari, en lui promettant une somme qu'elle ne lui aurait point apportée, il y aurait, ce semble, de la justice, dans ce cas, de la priver de son douaire. C'est l'avis de Dumoulin, qui a mis, sur ces mots de l'art. 190 de la coutume de Blois, POSÉ QUE LA FEMME N'AIT RIEN PORTÉ : *nisi dotem promiserit et fefellerit ;* Auth., *Sed quæ nihil*, C., *de pactis conventis ;* Stephanus Bertrandus, *Cons.* 24, lib. I ; *Cons.* 90, lib. III ; *Cons.* 120 ; Guido Papa, *decis. Delphinat.* Mais Ragueau a ajouté à cette note, que les arrêts de la Cour ont décidé le contraire. *Secus judicatum est Senatusconsultis ; nec obstat Justiniani Novella* 91, *quæ est de lucro donationis propter nuptias, non de dotalitio, et decisio Papæ est de Hypobolo.* Et cette seconde opinion est plus conforme aux principes qu'on vient de rapporter. V. de Renusson, dans son *Traité du Douaire*, chap. 3, 11, 12 ; et Chopinum, in *Consuetud. Parisiens.*, lib. II, tit. II, nº 4.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *nos* 3, 5, 151. } 3. Les coutumes qui accordent un douaire, ne l'accordent, pour la plupart, qu'à défaut du conventionnel.

Il y en a néanmoins qui accordent à la femme le choix de son douaire conventionnel ou du coutumier, quoique ce choix ne lui ait pas été expressément réservé par le contrat de mariage.

La femme peut encore en un cas n'avoir aucun douaire, même dans les coutumes qui lui en accordent un. Ce cas est celui auquel la femme y aurait expressément renoncé par le contrat de mariage. En vain opposerait-on contre cette convention, que les parties ne peuvent par leurs conventions déroger aux lois : *Privatorum conventio juri publico non derogat ;* L. 45, § 1er, ff. *de Reg. jur.* La réponse est, que ce principe n'a lieu qu'à l'égard des lois qui ont pour objet quelque intérêt public ; mais il en est autrement de celles qui n'ont pour objet que l'intérêt des particuliers. C'est pour-

quoi Ulpien, en la loi 31, ff. *de Pact.*, dit que les parties peuvent, par leur convention, déroger à l'édit des édiles, en convenant que l'acheteur n'aura pas les actions que cet édit accorde aux acheteurs contre les vendeurs, en cas d'éviction. Pareillement la loi qui accorde un douaire aux femmes, n'ayant pour objet que leur intérêt particulier, elles peuvent y renoncer valablement par leur contrat de mariage.

Mais, pour qu'elles soient censées y avoir renoncé, il faut que la convention soit bien expresse. C'est pourquoi, par arrêt du 2 mars 1648, rapporté au premier tome du *Journal des Audiences*, dans l'espèce d'une convention matrimoniale par laquelle il était dit : *Il y aura exclusion de communauté....sans que la future épouse prétende* AUCUNE CHOSE *dans les biens que le futur epoux a et possède tans en meubles qu'immeubles, ni même à ceux qui pourront être acquis pendant le mariage, sinon ce qui sera ci-après déclaré ;* après quoi il était dit plus bas, *qu'elle prendrait sur le plus clair des biens du mari, autant de fois* 200 *livres que le mariage aurait duré d'années :* il fut jugé que la femme n'était pas censée avoir, par cette convention, renoncé au douaire coutumier, et qu'elle devait l'avoir, outre ce qui lui avait été donné.

5. Quoique le douaire soit pour la femme un titre lucratif, en ce sens qu'elle ne donne rien pour et à la place de ce qu'elle reçoit à ce titre ; néanmoins le douaire ne peut être regardé comme une donation que le mari fasse à sa femme. Une donation est une libéralité qu'on fait à quelqu'un, sans y être obligé, *liberalitas nullo jure cogente facta.* C'est ce qu'on ne peut pas dire du douaire. Suivant nos mœurs, et suivant ce que nous venons de rapporter de l'origine du douaire, un homme, en épousant une femme, contracte l'obligation de pourvoir sur ses biens, après sa mort, à la subsistance de sa femme, au cas qu'elle lui survive. La loi laisse aux parties la liberté de régler elles-mêmes, par le contrat de mariage, ce que l'homme doit laisser à sa veuve pour cela. Ce qu'elles ont réglé, est le douaire conventionnel. Lorsque les parties ne l'ont pas réglé par le contrat de mariage, la loi le règle

elle-même; et ce que la loi règle, est le *douaire coutumier.*

De là il suit que le douaire, soit coutumier, soit même conventionnel, n'est pas une donation, puisque ce n'est pas *liberalitas nullo jure cogente facta*, et que tant l'un que l'autre procède d'une obligation que l'homme contracte par le mariage envers sa femme en l'épousant.

En vain opposerait-on qu'étant permis de convenir par le contrat de mariage, que la femme n'aura aucun douaire, le douaire est *liberalitas nullo jure cogente facta*, et par conséquent une donation. Je réponds, qu'il ne s'en suit pas de là que le douaire soit une donation, et non une dette; mais il suit seulement que la femme peut, par le contrat de mariage, en faire remise. Le douaire coutumier n'est pas une donation que le mari fasse à sa femme, puisqu'elle le tient de la loi, plutôt que de son mari. Elle peut, par une convention du contrat de mariage, renoncer à ce droit, et en faire remise, soit pour partie, en se contentant d'un douaire conventionnel moindre que le coutumier, soit pour le total, en convenant qu'elle n'aura aucun douaire.

Le douaire conventionnel n'est pas non plus une donation que le mari fasse à sa femme; car le mari le constitue à la femme pour et à la place du douaire coutumier qu'il lui doit.

151. Observez que les dispositions de ces coutumes n'ont lieu qu'autant qu'il n'y a pas de convention contraire par le contrat de mariage.

1432. Le douaire coutumier ou préfix n'est pas regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une simple convention de mariage.

1432. Dower whether conventional or customary is not regarded as a benefit subject to the formalities of gifts, but as a simple marriage covenant.

[ARTICLE 1433.]

* 12 *Pand. frs.*, *p.* 163. } Le douaire, soit coutumier, soit conventionnel, n'a jamais été regardé comme une donation. En effet, dans l'un comme dans l'autre cas, il était l'acquittement d'une dette imposée au mari par la loi même. Il n'était pas une libéralité, *nullo jure cogente facta.* En conséquence le douaire, même conventionnel, n'était réductible, en cas de secondes noces, que quand il excédait le douaire coutumier. Il n'était pas non plus sujet au retranchement de la légitime, sinon dans le même cas, et relativement à l'excédant seulement.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1431.

1433. Le droit au douaire préfix court de la date du contrat de mariage, et celui au douaire coutumier à compter de la célébration, ou de la date du contrat, s'il y en a un et que le douaire y ait été stipulé.	1433. The right to conventional dower accrues from the date of the contract of marriage, and the right to customary dower from the date of the celebration, or from the date of the contract if there be one in which it is stipulated.

Voy. autorités sur arts. 1431 et 1434.

---

* *Pocquet de Liv.*, *Règles*, *Liv.* 2, *Tit.* 2, *ch.* 2, *Douaire*, *n°* 19. } L'hypothéque du Douaire est du jour du contrat de mariage, s'il y est stipulé ; sinon du jour de la Bénédiction Nuptiale.

Loysel, *tit. du Douaire*, *Reg.* 20.

Bouguier, *lettre D*, *chap.* 15.

Commentateurs sur l'art. 247 *de Paris.*

Renusson, *Traité du Douaire.*

[ARTICLE 1433.]

* *Renusson, Douaire, ch. 3, n° 4 et s.* } La Coustume de Paris en l'art. 248 dit : *Le Douaire coustumier est de la moitié des heritages que le mari tient et possede au jour des épousailles et benediction nuptiale, et de la moitié des héritages, qui depuis la consommation du mariage et pendant icelui, échéent et adviennent en ligne directe.* Cet article n'a pas été assez expliqué, ni en sa premiere partie, ni en sa seconde. La premiere partie de l'article n'a pas dit assez, en disant que le Douaire est de la moitié des heritages que le mari tient et possede au jour des épousailles et benediction nuptiale; cela peut bien être dit quand il n'y a point de Contract de mariage, mais quand il y a Contract de mariage on a demandé si les heritages que le mari possede au tems du Contract de mariage sont sujets au Douaire? On pourra dire qu'ils n'y sont sujets que quand ils se trouvent en la possession du mari, lors de la celebration de son mariage ; qu'il n'y a, suivant l'article 248, que les heritages que le mari tient et possede au jour des épousailles et benediction nuptiale, qui sont sujets au Douaire: Néanmoins il est raisonnable de dire que quand il y a Contrat de mariage, les heritages que le mari possede au tems du Contract de mariage, sont sujets au Douaire: car comme le mari ne pourroit pas, depuis la benediction nuptiale et celebration de son mariage, diminuer le Douaire de sa femme, ni lui faire préjudice en alienant partie de ses biens qui y sont sujets; il ne peut aussi rien faire depuis le Contrat de mariage, c'est-à-dire, dans l'entre-tems du Contrat de mariage, et de la celebration du mariage, qui puisse diminuer le Douaire de la femme. La Coûtume d'Artois art. 87, dit : *Dès qu'elle est fiancée ne peut contracter sans l'authorité de son mari.* La raison est que les personnes qui ont volonté de se marier considerent leurs biens en l'état qu'ils sont, lorsqu'ils font leurs conventions de mariage. Il ne seroit pas juste que le futur époux pût faire préjudice à la future épouse après que les conventions ont été faites et reglées par leur Contrat de mariage ; par la même raison les héritages qui échéent au futur époux, depuis le Contrat de mariage, jusques

à la celebration du mariage, en ligne directe, sont sujets au Douaire.

5. Me Barthelmi Ozanet, dans ses Memoires, sur l'art. 248: dit : *Les biens du mari, pour former le Douaire, se considerent au tems des épousailles et benediction nuptiale, quand il n'y a point de Contrat de mariage : mais lorsqu'il y a Contrat de mariage, il faut considerer le jour du Contrat ; le jour des épousailles ne doit être consideré que pour la puissance maritale et pour la jouissance des biens de la femme ; parce que la puissance maritale ne commence que du jour des épousailles, et le mari n'a droit de jouir du bien de la femme que de ce jour ; mais pour ce qui est du Douaire et des autres conventions accordées entre les futurs conjoints, le droit est acquis du jour du Contrat de mariage ; ils ne peuvent plus de part ni d'autre y rien changer, ils ne peuvent les augmenter ni diminuer, au préjudice de l'un ou de l'autre.* Le droit est acquis à la femme, touchant le Douaire coûtumier, encore que par le Contrat de mariage il ne soit point parlé de Douaire, parce que les personnes qui se marient sont censés avoir conctracté suivant la Coûtume, et être convenu entr'eux du Douaire coûtumier. Leur Contrat de mariage doit être considéré comme si on y avait stipulé expressément le Douaire coûtumier.

6. On fait une question : Deux personnes ont volonté de se marier, ils font leurs conventions et passent leur Contrat de mariage : depuis le Contrat de mariage et avant la celebration du mariage le futur époux fait quelques acquisitions d'immeubles ; par exemple, il acquiert une maison et prête une somme de deniers à constitution de rente : le mariage est en consequence celebré ; depuis le mariage celebré, le mari reçoit le rachapt de la rente et fait mal ses affaires ; le mari decede, la femme survivante renonce à la communauté ; les creanciers du mari font saisir les biens de la succession, entre lesquels étoit la maison acquise depuis son mariage avant la celebration du mariage : la femme demande son Douaire sur les biens du mari, non seulement sur les immeubles que le mari possedoit au jour de son Contrat de ma-

riage, mais aussi sur la maison et sur la rente acquise par son mari, dans l'entre-temps du Contrat de mariage, et de la celebration du mariage. Elle allegue l'art. 248. de la Coûtume de Paris, qui dit : *Le Douaire est la moitié des heritages que le mari tient et possede au jour des épousailles et benediction nuptiale, et de la moitié des heritages, qui depuis la consommation du mariage et pendant icelui échéent et adviennent en ligne directe.* Elle dit qu'*elle est aux termes de cet article, que son deffunt mari possedoit la maison et la rente, dont est question, au tems des épousailles et benediction nuptiale, et qu'elle y doit avoir son Douaire ; que ces mots,* Et Benediction nuptiale, *contenus audit article, furent ajoûtez lorsque la Coûtume fut reformée en* 1580. *pour marquer qu'il falloit seulement considerer les heritages que le mari tient et possede au tems de la benediction nuptiale ; et que ces termes ont été ainsi adjoûtez pour lever le doute de quelques-uns, qui vouloient que le jour des épousailles comprît le jour du Contrat de mariage, quand il y avait Contrat de mariage, ou le jour des Fiançailles, quand il n'y avoit point de Contrat de mariage.*

7. Les creanciers au contraire disent que la maison et la rente dont il s'agit, aïant été acquises depuis le Contrat de mariage, sont conquêts de la communauté ; que le mari comme maître de la communauté les a pu obliger et hipothequer, ou les consommer entierement ; que la femme et les enfans n'y peuvent prétendre Douaire ; qu'il est bien vrai que les biens du mari pour regler le Douaire, se considerent au temps des épousailles et benediction nuptiale, quand il n'y a point de Contrat de mariage ; mais que lorsqu'il y a Contrat de mariage on doit regarder les biens du mari en l'état qu'ils sont au tems du Contrat de mariage, touchant le Douaire et la communauté, qui sont conventions ordinaires, qui ont lieu, quand il n'en seroit rien dit dans le Contrat de mariage. Le Contrat de mariage et la célébration du mariage doivent être considerés comme un seul acte ; ce qui s'est fait dans l'entre-tems depuis le Contrat de mariage, est consideré comme fait depuis la celebration du mariage ;

d'autant que la celebration du mariage n'est que l'execution qui donne effet aux conventions faites par le Contrat de mariage; par consequent que les immeubles acquis par le mari, depuis le Contrat de mariage, avant la celebration du mariage, sont conquêts de la communauté, que le mari a pû obliger et hypothequer: que comme le mari ne pouvoit pas depuis le Contrat de mariage changer l'état de ses biens et vendre ses immeubles, au préjudice du Douaire de la femme et des enfans, de même aussi il ne peut changer l'état et qualité de ses biens en acquerant des immeubles, et y emploïant ses deniers et effets mobiliers en achapt d'immeubles et de rentes; c'est pourquoi comme les effets mobiliers qu'il avoit lors de son Contract de mariage entreroient en la communauté, aussi les immeubles qu'il a acquis de ces mêmes deniers et effets mobiliers, doivent être considerés comme conquêts de la communauté, s'il y a communauté; ou comme acquêts du mari, faits depuis le mariage, s'il n'y a point de communauté.

8. Il est vrai que si le mariage ne s'ensuit pas, toutes les conventions du Contrat de mariage deviennent inutiles et sans effet; mais aussi si le mariage est célébré, toutes les conventions expresses ou de droit, ont leur effet retroactif au Contrat de mariage; c'est-à-dire, que les futurs conjoints n'ont pû rien faire dans l'entre-temps, au préjudice de l'un ni de l'autre: les conventions faites et accordées entre les futurs conjoints, par leur Contrat de mariage, ne peuvent recevoir aucun changement; leurs droits ne peuvent recevoir diminution par les alienations que feroit le futur époux depuis son mariage, ils ne peuvent aussi recevoir d'augmentation par les acquisitions qu'il feroit depuis son Contrat de mariage; la condition des conjoints pour le Douaire et pour la communauté doit être égale en cas d'acquisition ou en cas d'alienation. L'article 248. de la Coutume de Paris qui dit: *Le Douaire de la femme est la moitié des heritages que tient et possede le mari au tems des épousailles et benediction nuptiale,* s'entend quand il n'y a point de Contrat de mariage. Comme

aussi l'article 220. qui dit : *Homme et femme conjoints ensemble par mariage sont communs en biens, meubles et conquêts immeubles, faits durant et constant le mariage*, s'entend quand il n'y a point de Contrat de mariage; mais quand il y a Contrat de mariage, il faut regarder quels immeubles tient et possede le mari au tems de son Contrat de mariage : ainsi il est raisonnable de conclure dans l'espèce particulière dont il s'agit, que les creanciers sont bien fondez, et que ni la femme qui renonce à la communauté, ni les enfans qui renoncent à la succession de leur pere, ne peuvent prendre Douaire sur la maison et rentes acquises par le mari, dans l'entre-tems du Contrat de mariage, et de la celebration du mariage.

9. On fait une autre question : On demande si le mari n'aïant point d'effets mobiliers, et aïant seulement des immeubles au tems de son mariage, dont il ameublit partie, si l'heritage ameubli sera sujet au Douaire de la femme ? La réponse est aisée : Premierement, si la femme accepte la communauté, comme l'heritage ameubli est entré en la communauté, et que la femme y a moitié à cause de la communauté ; il est évident que l'autre moitié n'est point sujette au Douaire de la femme : l'immeuble du mari qui a été ameubli par le Contrat de mariage, a perdu sa qualité d'immeuble à l'égard de la femme, et n'est point sujet au Douaire, de même que les meubles du mari n'y sont point sujets. La même résolution doit avoir lieu quoique la femme renonce à la communauté ; car il est également véritable de dire que l'immeuble ameubli par le Contrat de mariage ne doit point être considéré, à l'égard de la femme, comme un immeuble. La convention par laquelle l'heritage a été ameubli, doit être executée, soit qu'elle renonce à la communauté, soit qu'elle l'accepte.

1434. Le douaire coutumier consiste dans l'usufruit pour la femme, et

1434. Customary dower consists in the usufruct for the wife, and the

dans la propriété pour les enfants, de la moitié des biens immeubles dont le mari est propriétaire lors du mariage et de ceux qui lui échoient de ses père et mère et autres ascendants pendant sa durée.

ownership for the children, of one half of the immoveables which belong to the husband at the time of the marriage, and of one half of those which accrue to him during marriage from his father or mother or other ascendants.

Voy. *Argou*, cité sur art. 1427 et art. 2116 et les divers statuts provinciaux cités sur cet article.

---

* *Cout. de Paris, art.* 248. } Doüaire coûtumier est de la moitié des heritages, que le mari tient et possede au jour des épousailles, et benediction nuptiale, et de la moitié des heritages, qui depuis la consommation dudit mariage, et pendant icelui échéent et adviennent en ligne directe audit mari.

---

2 *Laurière, sur art.* 248, *Cout. de Paris.* } Des Mares, décision 215. *Lucius, lib.* 8, *placitor*, *tit.* 2.

Est de la moitié.] En vertu de l'Ordonnance de Philippe Auguste (de l'an 1214.) Depuis il fut réduit au *tiers*, comme il se voit dans le chapitre 13, du livre 1 *des Etablissemens de France;* et enfin il a été remis à la *moitié*. Voyez Coquille, Q. 144, 146, 148, 291.

Des héritages que le mari tient au jour des épousailles et bénédiction nuptiale.] De-là nos Auteurs concluent que le Douaire *est pretium delibatæ pudicitiæ;* et en ce point ils se sont trompés, comme en plusieurs autres.

Les Théologiens et les Canonistes ont fait distinction *inter matrimonium ratum, et matrimonium consummatum.*

[ARTICLE 1434.]

Ils ont appellé *matrimonium ratum*, celui qui a sa perfection par le consentement des Parties.

Et ils ont appellé *matrimonium consummatum*, celui qui a été consommé par la cohabitation.

Avant cette distinction la femme gagnoit son Douaire à la porte de l'Eglise, où il lui étoit constitué ordinairement.

Mais depuis on agita la question de savoir si la femme devoit gagner son Douaire à l'Eglise, ou au coucher ; et l'avis commun fut qu'elle ne le devoit gagner qu'au coucher, ou à la consommation, parce que c'étoit par la consommation que le mariage étoit accompli, et qu'il devenoit indissoluble. Ce qu'on prouvoit par le chap. 2 *extr. de conversion. conjug.* et par le chapitre *Commissum* 16, *extr. de sponsalibus*, qui permettent à l'un des mariés avant la consommation, de se séparer et d'entrer en Religion, sans le consentement de l'autre ; et delà vient que selon nos Coutumes, *au coucher*, la femme gagnoit son Douaire, et non parce que le Douaire est le prix de la virginité, comme on l'a mal écrit jusqu'à présent, sans faire attention que les veuves qui se remarient sont douées comme les filles, et que les unes et les autres n'ont cet avantage, que pour s'entretenir honnêtement après le décès de leurs maris, et pour donner à leurs enfans une éducation convenable à leur état. *Dos*, dit Bracton, *est id quod liber homo dat sponsæ suæ ad ostium Ecclesiæ, propter nuptias futuras, et onus matrimonii, et ad sustentationem uxoris et educationem liberorum, cum fuerint procreati si vir præmoriatur. lib.* 2, *cap.* 39. Vide *Nicolaum Henelium de dotalitio*, *cap.* 4, *p.* 50, 51, 52, *etc.*

Aujourd'hui la femme gagne son Douaire à la bénédiction nuptiale où il doit lui être constitué, et elle en est saisie, selon l'article 256, quoique son mari décede avant la consommation. Ce qu'il faut néanmoins entendre, pourvu que l'intention des Parties ait été de consommer leur mariage, car si immédiatement après la bénédiction, le mari ou la femme s'étoient séparés dans la résolution d'entrer en Religion, la femme n'auroit point de Douaire en cas de prédécès du mari,

parce qu'ils se seroient désunis avant la perfection entiere de leur mariage. Et dans ce cas l'ancien droit auroit encore lieu.

A l'égard de l'hypotheque, si le Douaire est coutumier, elle est du jour de la bénédiction ; et si le Douaire est conventionnel, l'hypotheque est du jour du contrat.

Et de la moitié des héritages qui depuis la consommation dudit mariage, et pendant icelui échéent et adviennent en ligne directe au mari.] Cet article décide formellement que le Douaire est augmenté par ce qui échet au mari en ligne directe pendant le mariage, d'où il s'ensuit que ce qui échet au mari après la dissolution du mariage, n'augmente point le Douaire.

Les Commentateurs citent néanmoins quelques Arrêts qui ont jugé que les biens échus au mari en ligne directe, après le décès de sa femme, étoient encore sujets au Douaire coutumier en faveur des enfans. Mais ces Arrêts ont été certainement rendus sur des circonstances particulieres, et par conséquent on ne les doit point tirer à conséquence contre la disposition précise de cet article, ni établir dessus une Jurisprudence nouvelle, qui seroit trop avantageuse aux enfans des premiers lits, et pernicieuse aux enfans des autres mariages. *Voyez* la note sur l'article 253, et M. le Prêtre, Centur. 3, ch. 72, etc.

En ligne directe au mari,] descendante, et non pas ascendante. *Voyez* l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 29, p. 203.

C'est une regle certaine que celui qui possede une chose, *à titre particulier*, ne contribue pas au paiement des dettes de celui à qui il a succédé ; ainsi celui à qui l'usufruit d'une terre a été légué, n'est pas tenu réguliérement de contribuer au paiement des dettes du défunt, si ce n'est hypothéquairement, auquel cas il a son recours contre l'héritier. *Lege si res obligata.* Dig. *de legatis primo. Lege Prædia, Codice de fideicommissis.* Voyez ci-après l'article 354, et ce qu'on y a remarqué.

La femme à qui le Douaire coutumier est accordé en étant donataire, elle possede à titre particulier, et ainsi elle doit

jouir comme donataire de son usufruit, sans contribuer au paiement des dettes de son mari. Ce qu'il faut entendre des dettes *personnelles;* car quant aux dettes réelles, comme elles sont des charges des fonds, elle ne peut jouir de son Douaire sans les payer. *Vide Censium de censibus*, question 79, nomb. 2, p. 211 de l'édition de 1676.

Nos Jurisconsultes agitent la question de savoir si l'usufruitier est tenu de payer *les rentes constituées à prix d'argent* et assignées sur *le fonds dont il jouit*, et les sentimens ont été partagés.

Vincentius Carocius de locato conducto, *tit. de Usufructu*, Q. 16, *Joannes del Castello de Usufructu*, cap. 57, n. 14 ; *et Velasquez de Avenduno de censibus*, ont soutenu que l'usufruitier en étoit tenu.

Menochius, dans son Conseil 997, lib. 10. *Felicianus de solis de censibus*, *Joannes-Baptista Costa de ratione ratæ*, Q. 72. *Gaspardus Rodericus de annuis reditibus*, lib. 2, q. 1, n. 6. *Et Censius de censibus*, *q.* 79, ont soutenu que c'étoit à l'héritier de les payer et d'en acquitter l'usufruitier.

Et comme par notre ancien droit les rentes constituées, alors non rachetables de leur nature, étoient des charges réelles imposées sur les fonds dont elles étoient tellement réputées faire partie, qu'on en faisoit foi et hommage quand elles étoient imposées sur des fiefs, et qu'on en prenoit saisine quand elles étoient imposées sur des héritages en roture, il n'y a nulle difficulté qu'alors elles devoient être portées par l'usufruitier, suivant l'avis de *Carocius*, et de ceux qui ont suivi son parti.

Les choses seroient encore ainsi à présent à l'égard de la femme, les rentes constituées à prix d'argent étant des dettes personnelles, si le mari lui avoit donné expressément en Douaire *la moitié de sa terre;* mais s'il s'est marié simplement, suivant la Coutume, la question est de savoir si l'intention de la Coutume a été de donner à la femme pour son douaire, l'usufruit de la moitié des héritages de son mari, libres, affranchis de dettes, ou si son intention a été que les

dettes diminuassent le Douaire, et qu'elle ne le prît que sur ce qui resteroit de biens immeubles à son mari, ses dettes prélevées.

Que l'on suppose qu'un homme qui s'est marié sans biens, et sans avoir fait de contrat de mariage, ait eu de la succession de son pere une terre de *soixante mille livres*, chargée de *trente mille livres* de dettes hypothéquaires exigibles, il est indubitable que la femme aura son Douaire coutumier sur cette terre ; mais on demande quel sera ce Douaire ? s'il sera de l'usufruit de la *moitié* de la terre ou du *quart ?*

Si l'on dit qu'il sera de l'usufruit de la *moitié*, il arrivera que la femme aura pour Douaire *tout le bien de son mari*, contre l'intention de la Coutume qui ne lui en donne que la moitié, et contre l'ancien usage, suivant lequel le Douaire étoit nul, quand il excédoit la moitié des biens du mari, suivant Jean des Mares ; et suivant Loisel dans ses *Institutes*, liv. 1. Et comme c'est une maxime que *non intelliguntur bona nisi deducto ære alieno*, le mieux seroit peut-être de dire que la femme n'aura pour Douaire que *l'usufruit du quart* de la terre. Il en doit être de même quand le mari doit plusieurs sommes par des obligations contractées avant son mariage, ou par des constitutions de rentes. Car à cet égard, dans les bonnes regles, il n'y a nulle différence à faire.

On sait cependant que l'usage est contraire à cette résolution ; mais il faut aussi convenir que l'usage est contraire aux principes, et qu'ainsi il doit être réformé, comme de Renusson en convient très-bien.

---

* *Pocquet de Liv.*, *Règles*, *n*° 5. } A Paris, et autres Coutumes circonvoisines, le Douaire de la veuve est de la moitié des héritages que le mari possédoit au temps de son mariage, ou qui lui sont échus en ligne directe pendant le mariage.

Paris, *art.* 248.

---

*2 *Prevost de la Jannès,* *Tit.* 7, *n°* 388 *et s.* } 388. Le douaire coutumier se prend non-seulement sur les héritages, mais encore sur les rentes constituées, que le mari avoit lorsqu'il s'est marié, à moins qu'il n'ait ameubli les uns ou les autres; car étant alors réputés conquêts par rapport à la femme, elle ne peut plus y prétendre de douaire.

Les Offices, quoiqu'ils soient en toute autre matiere regardés comme immeubles, ne sont néanmoins sujets à ce douaire que subsidiairement, c'est-à-dire, à défaut d'autres immeubles.

Les propres conventionnels, que forment les stipulations de propres ou autres semblables, qui se trouvent dans les contrats de mariage, ne sont point non plus sujets au douaire, la fiction devant être bornée au cas précis pour lequel elle a été stipulée.

389. Non-seulement les immeubles que le mari possédoit lors du mariage sont sujets au douaire, mais encore ceux qui adviennent depuis le mariage, purement en vertu d'un titre antérieur au mariage, ou par le résiliment des aliénations que lui ou ses auteurs en auroient faites; car l'acquisition qu'il en fait alors, n'est qu'un développement et une exécution de droit qu'il avoit lorsqu'il s'est marié, si néanmoins il avoit été obligé de débourser pendant le mariage quelque argent pour avoir ces héritages, ou pour y rentrer, ils ne seroient sujets au douaire que sous la déduction de cette somme, dont la femme seroit tenue de payer l'intérêt aux héritiers de son mari.

390. Les héritages ou rentes auxquels le mari succede à ses pere et mere et autres ascendans, sont aussi sujets au douaire de la femme; on peut dire que les enfans ont dès le vivant de leur pere, un droit aux biens qui doivent leur écheoir par leur succession.

Il en est de même de ceux qui lui sont données par lesdits ascendans en avancement d'hoirie : mais il n'est censé succéder qu'à ceux qui lui sont échus par le partage avec ses cohéritiers; néanmoins s'il paroissoit que par affectation, il eût fait tomber dans son lot une grande quantité de meubles, au

lieu de la part qu'il auroit dû avoir dans les immeubles, sa femme en devroit être récompensée ; il semble au contraire que s'il est échu au mari une quantité d'immeubles, plus grande que sa portion afférante, sa femme n'en doit jouir que sous la déduction des intérêts du retour que le mari a fait à ses cohéritiers.

391. Les biens substitués au mari, sont subsidiairement sujets au douaire par la volonté présumée du Testateur, soit que la substitution soit antérieure, soit même qu'elle soit postérieure au mariage, ils ne le seroient donc plus si le Testateur l'avoit expressément défendu.

392. La portion que la femme a pour son douaire, dans tous les biens ci-dessus énoncés, ne peut être diminuée par les aliénations que le mari en feroit ; elle doit en ce cas être récompensée sur les biens qui restent, et s'il n'en restoit pas suffisamment, elle pourroit prétendre son droit d'usufruit contre les tiers acquéreurs, qui ne pourront opposer la prescription pour le tems qu'ils auront possédé pendant le mariage, parce que la puissance maritale empêchoit alors la femme d'agir : mais si la femme avoit consenti à la vente faite par son mari de quelque héritage sujet à son douaire, elle ne pourroit plus agir contre l'acquéreur ; il y auroit plus, si elle avoit vendu conjointement, ou qu'elle se fût obligée de quelque autre maniere à la garantie ; car alors elle ne pourroit plus même agir contre les derniers acquéreurs, parce qu'ils réfléchiroient en action hypothécaire, contre le premier acquéreur, lequel de son côté réfléchiroit contre la femme sa garante.

393. L'espérance et le droit de la femme pour son douaire est aussi éteint, soit par l'éviction de l'héritage qui y est sujet ; ou la résolution du droit que le mari y avoit, soit par l'extinction de la chose affectée au douaire, pourvu que l'un et l'autre ne procedent d'aucun fait du mari depuis le mariage.

Mais si l'extinction ou l'éviction ne se sont faites qu'en payant une somme de deniers, comme dans le rachat d'une

rente, ou dans le Réméré, la femme aura son douaire sur cette somme.

394. Le douaire étant fixé à l'instant de la Bénédiction Nuptiale, ne peut être augmenté ni diminué pendant le mariage par le fait du mari : de sorte que sa veuve ne peut ni profiter des augmentations, ni souffrir des détériorations qu'il a pû faire.

La quotité du douaire est différente suivant les différentes Coutumes; à Paris et à Orléans, elle est la moitié. Dans quelques Coutumes telles que celles d'Anjou, elle n'est que le tiers.

395. Lorsque le mari lors de son mariage n'avoit point de biens immeubles, et qu'il ne lui en est point venu en vertu d'un droit alors existant, ou par succession de ses ascendans, il n'y a point de douaire si ce n'est dans les Coutumes qui en accordent un subsidiaire sur les acquêts, ou sur les meubles.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *n*o 11. } 11. La coutume de Paris et le plus grand nombre des coutumes n'accordent aucun douaire à la femme sur les biens qui adviennent à son mari pendant le mariage, par les successions de ses enfants ou de ses collatéraux, ni sur les immeubles qu'il acquiert pendant le mariage, à quelque titre que ce soit, ni encore moins sur les meubles.

Voy. art. 954 *C. C. B. C.*

1435. Les héritages que le mari a ameublis, suivant la clause d'ameublissement, pour les faire entrer dans la communauté, ne	1435. Immoveables which the husband has contributed as moveable under a clause of mobilization, in order to bring

sont pas sujets au douaire coutumier.

N'y sont également pas sujets les immeubles fictifs se composant d'objets mobiliers que le mari s'est réservés propres, par la clause de réalisation, pour les exclure de la communauté.

them into the community, are not subject to customary dower;

Neither are immoveables by fiction, composed of moveable objects which the husband has reserved to himself by the clause of realization in order to exclude them from the community.

Voy. *Renusson* et *Prévost de la Jannès*, cités sur art. 1434.

---

* *Renusson, Douaire,* *n*o 106. } 106. Nous avons parlé du Douaire coûtumier qui se prend sur les heritages et choses immeubles; reste de dire que les obligations et toutes autres dettes actives, appartenans au mari, quoiqu'elles soient suivies de jugemens, portant condamnation d'interêts, ne sont point sujettes au Douaire coûtumier, ni même le prix des immeubles appartenans au mari avant son mariage, qui avoient été par lui vendües, et dont le prix lui seroit encore dû au temps qu'il auroit contracté son mariage, encore que le prix de l'heritage vendu produise, *ipso jure*, interêt; et que le mari n'eût point d'immeubles. La raison est que la Coûtume dit simplement: *Le Douaire coustumier est de la moitié des heritages que le mari tient et possede au jour des épousailles et benediction nuptiale, et de la moitié des heritages qui depuis la consommation du mariage et pendant iceluy écheent et adviennent au mari en ligne directe.* C'est un droit commun et general que les effets mobiliers ne sont point sujets au Douaire coûtumier; comme aussi les sommes de deniers et effets mobiliers du mari, quoiqu'ils luy ayent été stipulez propres par son Contrat de mariage, ne sont point

sujets au Douaire coustumier, quand même le mari n'auroit point d'heritages ny aucuns autres immeubles. Autre chose seroit, si par le Contrat de mariage il y avoit clause expresse que les deniers stipulez propres seroient sujets au Douaire coustumier à défaut d'heritages et choses immeubles : car en ce cas il faudroit executer la convention, et ce ne seroit pas un Douaire coustumier, mais plustost un Douaire préfix. La Coustume parlant du Douaire coustumier dit, *heritages*, c'est-à-dire, immeubles réels de leur nature, ou reputez réels par nos mœurs et Coustumes : les propres fictifs et conventionels en sont exclus, parce que la stipulation de propre qui est apposée dans les Contrats de mariage, est une convention particulière, et une fiction qui n'a lieu que dans le cas exprimé par la convention.

---

* *Pocquet de Livonnière, Règle* 18. } Les propres conventionnels, ou les deniers stipulés propres, même à tous effets, ne sont sujets au Douaire, s'il n'y en a une stipulation expresse.

Journal des Aud. tome 1, *liv.* 7, *ch.* 14.

Renusson, *Traité du Douaire.*

Palu, *sur l'article* 326 *de Tours.*

---

* *Lacombe, Recueil, v° Douaire, n°s* 7-22, *sec.* 2. } 7. L'immeuble ameubli par le contrat de mariage, n'est pas sujet au douaire, Ren. n. 10 et 103. *secùs* à l'égard des enfans, s'ils renoncent à la communauté, ou à la succession de leur mere, le Br. *eod.* n. 22.

22. Propres conventionnels ne sont sujets au douaire, Ren. 106, le Br. *eod.* liv. 2. ch. 5. sect. 1. dist. 1. n. 21. cependant par Ar. du 12 Juin 1623. jugé en la Coutume de Poitou, qui est avantageuse pour les propres conventionnels, que somme donnée par un pere à son fils par son contrat de mariage pour ses droits maternels échûs, et pour ses droits paternels à écheoir, avec clause qu'elle tiendroit nature de propre au

fils donataire, est sujette au douaire coutumier de la femme, Auz. sur Par. 248. Ren. *eod.* n. 106 observe peut-être qu'il y avoit des héritages dans les successions, et que le fils peut être décédé mineur; mais le décès de ce fils en minorité ne changeroit rien en ce cas; cet Arrêt paroît juste, si dans les successions, particulierement dans celle qui étoit échue, il y avoit des héritages: pareil Ar. en la Coutume de Tours; Pallu, art. 326. n. 4.

---

* *Lebrun, Des Succ., Liv.* 2, *ch.* 5, *sec.* 1, *Dist.* 1, *n*° 21 *et s.* } 21. Les deniers réalisez par le mari dans le contrat de mariage, ne font point partie du douaire coutumier; parce que la réalisation n'a eu pour objet que l'exclusion de la communauté : elle est toute renfermée dans cet effet, hors duquel les deniers réalisez conservent toûjours leur qualité originaire de meubles.

22. Si le mari a ameubli des heritages dans le même contrat, ils ne seront point sujets au douaire de la femme : parce que l'esprit des contractans n'est pas, que ce qu'ils ameublissent, soit sujet au douaire : outre que la femme ne doit pas avoir deux titres lucratifs sur un même bien, la communauté et le douaire. Ce qui auroit lieu neanmoins en cas même qu'elle renonçât à la communauté. L'on tient qu'il n'en est pas de même à l'égard des enfants, et qu'ils prennent leur douaire sur le bien ameubli par leur pere : ce qui semble ne devoir avoir lieu, qu'en cas que venant directement au douaire ils ayent renoncé à la communauté ; ou que si leur mere a recueilli le douaire, qu'elle ait renoncé, ou qu'ils ne soient point ses héritiers, ce qui arrive volontiers : car rarement on aura accepté la communauté de celui sur les biens duquel les enfans se contenteront de prendre le douaire.

Que si c'est la femme qui a fait l'ameublissement d'un de ses propres, elle n'aura pas non plus de douaire sur la part du mari : parce que cette part n'est qu'un acquest au mari, et ne luy est pas propre de communauté, et qu'enfin la clause même de l'ameublissement induit, que le mari a droit en

l'heritage à titre de communauté, et que la femme en est excluse à titre de douaire.

23. Tous les immeubles qui sont donnez au mari par son contrat de mariage, soit par des pere et mere, soit par des parens collateraux, soit par sa femme même, sont sujets au douaire : parce qu'il est vray de dire qu'il a eu les immeubles lors du mariage, et que quoique ces donations soient peut-être faites sous la condition et en faveur du mariage ; neanmoins cette condition se purifie par la celebration : ce qui fait que le mari est reputé proprietaire du jour du contrat.

---

* 1 *Décisions des Tribunaux*, *p.* 25, *Toussaint vs. Leblanc. C. S. Québec*, *Oct.* 1850. } JUGÉ : Que la clause d'ameublissement dans un contrat de mariage exclut le douaire coutumier.

---

* 5 *Décisions des Tribunaux*, *p.* 325, *Moreau vs. Mathews*, *C. S. Montréal*, 30 *déc.* 1854. } JUGÉ : La stipulation dans un contrat de mariage que : " les futurs époux se prennent avec leurs biens et droits à chacun d'eux appartenant, et tels qu'ils pourront leur écheoir ci-après, à quelque titre que ce soit, lesquels dits biens meubles ou immeubles entreront dans la dite communauté " est un ameublissement général de tous les biens des conjoints, nonobstant clause de réalisation subséquente ; et que le douaire coutumier ne peut conséquemment être réclamé sur les prop:es du mari.

1436. Le douaire coutumier résultant d'un second mariage, lorsqu'il y a des enfants nés du premier, consiste dans la moitié des immeubles appartenant au

1436. The customary dower resulting from a second marriage, when there are children born of the first, consists in a half of the immoveables, not af-

mari, lors du second mariage, non affectés au douaire antérieur, ou qui lui échoient de ses père et mère et autres ascendants pendant sa durée.

Il en est ainsi pour tous les mariages ultérieurs qu'il peut contracter, ayant des enfants de mariages précédents.

fected by the previous dower, which belong to the husband at the time of the second marriage, or which accrue to him during such marriage from his father or mother or other ascendants.

The rule is the same for all subsequent marriages which the husband may contract, when there are children of the previous marriages.

Voy. autorités sur arts. 1426 et 1431

---

* *Cout. de Paris, arts.* 253, 254. } 253. *Du Doüaire coûtumier quand il y a des enfants de plusieurs lits.*

Quand le pere a été marié plusieurs fois, le Doüaire coûtumier des enfans du premier lit, est la moitié des immeubles qu'il avoit lors dudit premier mariage, et qui lui sont advenus pendant icelui mariage en ligne directe : et le Doüaire coûtumier des enfans du second lit, est le quart desdits immeubles; ensemble moitié, tant de la portion des conquêts appartenans au mari, faits pendant ledit premier mariage, que des acquêts par lui faits depuis la dissolution dudit premier mariage, jusqu'au jour de la consommation du second, et la moitié des immeubles qui lui échéent en ligne directe pendant ledit second mariage, et ainsi conséquemment des autres mariages.

254. *Le Douaire coûtumier n'est point augmenté par le decez des enfans du premier lit.*

Si les enfans du premier mariage meurent avant leur pere

pendant le second mariage, la veuve et autres enfans dudit second mariage les survivans, n'ont que tel Doüaire qu'ils eussent eu, si les enfans dudit premier mariage étoient vivans. Tellement que par la mort des enfans dudit premier mariage, le Doüaire de la femme et enfans dudit second mariage, n'est augmenté, et ainsi conséquemment des autres mariages.

---

2 *Laurière, sur arts.* 253, 254, *Cout. de Paris.* } *Et la moitié des immeubles qui lui échèent en ligne directe pendant ledit second mariage.*] Cette disposition est conforme à l'ancien droit de la France. *Voyez* l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 29, p. 202, 203.

Selon cet article, les enfans du premier lit ont pour Douaire la moitié des immeubles échus en ligne directe pendant le premier mariage; et les enfans du second lit, la moitié des immeubles échus en ligne directe pendant le second mariage : mais s'il étoit échu au pere des immeubles en ligne directe dans l'intervalle des deux mariages, la question est de savoir si ces différens enfans y auront tous leur Douaire. Le Douaire est une portion des biens du pere, acquis aux enfans par la mere, ou pour mieux dire, c'est la dot constituée à la femme par le mari, dont la propriété est donnée aux enfans par la Loi. Le Douaire étant transmis aux enfans par les meres, il est évident que ce qui échet en ligne directe au mari, après le décès de sa femme, ne peut plus être sujet au Douaire envers les enfans, parce que les enfans n'ont plus de mere, par qui le Douaire leur puisse être acquis sur ces biens; et par conséquent ce qui advient au mari en ligne directe, après le décès de sa premiere femme, ne doit être affecté qu'au Douaire de la seconde, et des enfans du second lit. Joignez la note sur l'art. 248, et Coquille, Q. 152.

N'est augmenté.] La raison est que les enfans prennent le Doüaire *jure contractûs, non jure successionis*, et que dans les contrats il n'y a point de lieu au droit d'accroissement. *Voyez*

la note sur l'article 243, 250 ; et du Molin sur l'art. 112 de la Coutume de Valois.

---

* 2 *Argou*, *Liv.* 3, *ch.* 10, *Douaire*, *p.* 136 *et s.* } Quand un homme a été marié plusieurs fois, le douaire coutumier des enfans du premier lit est de la moitié des immeubles qu'il avoit lors du premier mariage, et de ceux qui lui sont échus durant ce mariage en ligne directe ; et le douaire des enfans du second lit est le quart des mêmes immeubles, ensemble la moitié de la portion appartenante au mari dans les acquêts faits durant le premier mariage, la moitié de tous les immeubles échus au mari par des successions collatérales, depuis la célébration du premier mariage jusqu'au second, la moitié de tous les acquêts par lui faits depuis la dissolution du premier mariage jusqu'à la célébration du second, et la moitié de tout ce qui lui est échu par succession ou donation en ligne directe, depuis la dissolution du premier mariage jusqu'à la dissolution du second : le douaire des autres mariages est aussi réglé à la même proportion.

Il faut néanmoins observer que quand il n'y a point d'enfans du premier mariage, ou qu'ils sont décédés avant la célébration du second, alors le douaire coutumier de ce second mariage est de la moitié de tous les immeubles que possede le mari au jour de la célébration, et de tous ceux qui lui échéent en ligne directe ; parce que, lorsqu'il n'y a point d'enfans d'un premier mariage, le second, à l'égard du douaire, est considéré de la même maniere que le premier, sans aucune différence ; mais quand une fois il y a eu des enfans d'un mariage précédent, lors de la célébration du second ou du troisieme mariage, le douaire coutumier de ces derniers mariages n'augmente point, quoique les enfans des autres mariages qui avoient donné lieu à la diminution, viennent à décéder dans la suite.

---

* *Renusson, Douaire, ch. XI, n° 1 et s.* } 1. Nous avons à parler du doüaire des enfans, coustumier ou préfix, lorsque le mari a été marié plusieurs fois et qu'il y a des enfans de differens lits. La Coustume de Paris en l'article 253. dit : *Quand le pere a été marié plusieurs fois, le douaire coustumier des enfans du premier lit est la moitié des immeubles qu'il avoit lors du premier mariage, et qui lui sont advenus pendant le premier mariage en ligne directe ; et le douaire coustumier des enfans du second lit est le quart des immeubles, ensemble moitié, tant de la portion des conquêts appartenans au mari, faits pendant son premier mariage, que des acquêts par lui faits depuis la dissolution du premier mariage jusques au jour de la consommation du second, et la moitié des immeubles qui lui échéent en ligne directe pendant le second mariage, et ainsi consequemment des autres mariages.* L'article 253. ne s'est pas assez expliqué, on y doit comprendre la moitié des immeubles écheus par succession depuis la dissolution du premier mariage, jusques à la consommation du second mariage. L'article 254. dit : *Si les enfans du premier mariage meurent avant leur pere pendant le second mariage, la veuve et les enfans du second mariage le survivant, n'ont que tel douaire qu'ils eussent eu si les enfans des premiers mariages étoient vivans : tellement que par la mort des enfans des premiers mariages, le douaire de la femme et des enfans du second lit n'est augmenté, et ainsi consequemment des autres mariages.* C'est-à-dire, que le pere aura le surplus de son bien libre lorsque les enfans du premier mariage seront decedez, et son bien ne sera sujet qu'au doüaire de la seconde femme et des enfans du second lit ; c'est-à-dire, que le douaire de la seconde femme et des enfans du second lit ne sera pas autre qu'il seroit si les enfans du premier mariage n'étoient pas décedez du vivant de leur pere pendant le second mariage : mais si les enfans du premier mariage sont décedez avant le second mariage de leur pere, le bien du pere est sujet au doüaire de la seconde femme et de ses enfans, comme s'il n'avoit pas été marié une premiere fois ; et le doüaire de la seconde femme et des enfans du second lit, sera de la moitié

des immeubles que le mari avoit lors de son second mariage, et qui lui sont advenus pendant son second mariage en ligne directe.

2. Il y a plusieurs Coustumes semblables à celle de Paris. Par exemple, la Coutume de Calais és articles 54. et 55. a pareille disposition que celle de Paris ; mais il y a d'autres Coustumes qui sont differentes, et qui veulent que par la mort des premieres femmes doüairieres, les doüaires des dernieres accroisse. Par exemple, la Coustume du Maine, après avoir dit que le doüaire est seulement viager à la femme, et n'est pas propre aux enfans, dit en l'article 321. '*Maintefois advient que deux ou trois douaires se trouvent sur les choses heritaux et immeubles d'une succession, lesquels empêchent l'un l'autre, pour ce que la premiere femme, comme la femme de l'ayeul ou du pere survivante lesdits ayeul ou pere, aura son douaire entier tel qu'il lui appartient, et la seconde sur le demeurant ; et ainsi des autres subsequentes sur les portions de leurs maris; mais si les premieres douairieres decedent, le douaire des dernieres accroît successivement.* La Coustume d'Anjou en l'article 308. contient même disposition.

3. Dans la Coustume de Paris où le doüaire est propre aux enfans, si le pere qui a été marié plusieurs fois, aïant contracté des dettes depuis son premier mariage, les enfans du premier lit, qui se tiennent au doüaire auront la moitié des heritages que possedoit leur pere au tems de son premier mariage, et qui lui sont advenus pendant son premier mariage en ligne directe ; les enfans du second lit n'auront rien à pretendre que les dettes contractées depuis le premier mariage n'aïent été païées ; de sorte que si les dettes contractées depuis le premier mariage absorbent le surplus du bien, les enfans du second lit n'auront rien à pretendre. On pourra dire que les enfans du second lit doivent avoir leur légitime ; qu'il ne seroit pas juste que les enfans du premier lit eussent leur doüaire, c'est-à-dire, la moitié des heritages que possedoit leur pere au jour de son premier mariage, et de ceux qui lui sont écheus pendant le premier mariage en ligne

directe, et que les enfans du second lit n'eussent rien du tout; que les enfans du second lit doivent pour le moins avoir une espece de legitime, c'est-à-dire, quelque part dans le doüaire des enfans du premier lit.

4. Mais on répond que les enfans du second lit n'ont rien à prétendre quand le bien du pere se trouve consumé et absorbé par des dettes contractées depuis le premier mariage; le pere a pû contracter des dettes et consumer son bien : *Non est hæreditas nisi deducto ære alieno;* il est juste que les creanciers du pere soient païez, les enfans n'ont point de legitime à pretendre au préjudice des creanciers : comme aussi les enfans du second lit n'ont point de legitime à pretendre au préjudice des enfans du premier lit; il n'y a de legitime à pretendre que contre des donataires. La Coustume de Paris en l'article 298. dit que la legitime est de la moitié de telle part et portion que chacun enfant eut en la succession des pere et mere, ayeul ou ayeule ou autre ascendans, si les pere et mere ou autres ascendans n'eussent disposé par donations entrevifs ou derniere volonté, sur le tout déduit les dettes et frais funeraux. Le douaire coustumier des enfans n'est pas une donation ni une liberalité du pere, mais un droit acquis aux enfans en vertu de la Coustume; c'est une veritable créance, qui n'est point sujette à aucune legitime : de sorte que quand le bien du pere se trouve absorbé par des dettes contractées par le pere depuis le premier mariage, les enfans du second lit n'ont point de legitime à pretendre, et ne peuvent avoir aucune part dans le doüaire des enfans du premier lit. La Coustume de Normandie est bien differente de celle de Paris : Elle porte en l'article 400. *S'il y a enfans de divers lits, tous ensemble n'auront qu'un tiers, ils auront l'option de le prendre lors des premiere, seconde ou autre nôce.*

5. Lorsque le doüaire est ouvert par le decès du pere, les enfans du premier lit se tenans au doüaire, si l'un d'eux vient depuis à deceder, les freres et sœurs issus du pere, tant du premier mariage que du second mariage, succedent ensemble à la part qu'avoit l'enfant du premier lit, dans le

doüaire, qui seroit décedé ; car les heritages écheus à l'enfant décedé, à titre de douaire, lui étant propres paternels, tous les freres et sœurs qui sont issus du même pere ont droit d'y succeder ; cela a été jugé par plusieurs Arrests. Il y en a un de la prononciation de Noël 1551. qui est rapporté par Me Jean Tronçon sur l'article 259. de la Coustume de Paris. Me Jean Tournet rapporte le même Arrest sur l'article 259. et en rapporte un autre semblable de la prononciation de Pâques 1573.

6. Nous avons parlé du doüaire Coustumier quand le pere a été marié plusieurs fois ; que dira-t-on du douaire préfix constitué par le Contrat du premier mariage, lorsque les enfans du premier mariage decedent avant leur pere pendant son second mariage ? En ce cas la veuve et les enfans du second lit n'ont aussi que tel douaire qu'ils eussent eu si les enfans des premiers mariages étoient vivans, le douaire des enfans du second lit n'est pas pareillement augmenté par le decès des enfans du premier lit, si le douaire préfix absorbe le bien du pere, ou que le pere depuis son premier mariage ait contracté des dettes avant son second mariage, qui consument et absorbent son bien ; les enfans du second lit n'auront rien à prétendre ; ils ne pourront demander aucune légitime, quoique le doüaire préfix des enfans du premier lit excede le coustumier. La question s'en est presentée : Un homme avoit constitué à sa femme un doüaire préfix de trois mille livres de rente qui consumoit et absorboit son bien ; sa femme étant venuë à déceder qui avoit laissé des enfans, il se remaria ; après son decès les enfants du premier et second lit renoncerent à la succession de leur pere, et les enfans du second lit voïant que le doüaire préfix des enfans du premier lit, consumoit tout le bien du pere et qu'il ne leur restoit rien, demanderent part au doüaire des enfans du premier lit ou leur legitime ; sur quoi intervint Arrest à l'Audiance de la Grande Chambre le Mardy 27. Mars 1629. par lequel les enfans du second lit furent déboutez de leur demande. Marie Godefroy tutrice des enfans mineurs du second lit de défunt

Samuël de Perelle, d'une part; et Me Estienne Vieillon tuteur d'Heleine de Perelle fille du premier mariage, parties plaidantes. La raison sur laquelle l'Arrest est fondé, est que le douaire préfix des enfans du premier lit, est une dette du pere. Le même Arrest est rapporté par Me Jean Tronçon en son Commentaire sur la Coûtume de Paris article 254. Il est aussi rapporté par Me Pierre Bardet en son Recueil, Tom. 1, Liv. 3, chap. 37. Cela recevoit beaucoup de difficulté : car quand un homme constituë à sa future épouse un doüaire préfix plus fort que le coustumier; il semble que ce qui excede le doüaire coustumier est une libéralité et un avantage et une espece de donation que le futur époux fait à la future épouse, et que cet excedant devroit être sujet à la legitime des enfans du second lit.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *n*os 299, 300, 301. } 299. Ce qui a été dit en la première partie, ch. 2, art. 2, § 2, par rapport au douaire de la femme, de la diminution que les douaires des précédents mariages apportent à ceux des mariages subséquents, s'applique au douaire des enfants, qui ont la propriété de la même portion dont leur mère a l'usufruit.

300. Les biens meubles d'un homme, les propres qu'il a ameublis à sa communauté, les acquêts qu'il a faits depuis qu'il est marié, les biens qui lui sont échus depuis par succession collatérale, ou de celle de ses enfants, n'étant pas sujets au douaire de la femme, ils ne doivent pas, suivant notre principe, être sujets au douaire des enfants.

301. Pareillement, les héritages et autres immeubles qui ne sont venus à un homme des successions de ses père et mère, que depuis la mort de sa femme, n'ayant pu être sujets au douaire de la femme, ils ne sont pas sujets au douaire des enfants.

Les enfants peuvent bien avoir leur douaire dans les choses qui ont été affectées au douaire de leur mère, quoique le douaire de leur mère ait défailli par son prédécès; mais ils

ne peuvent l'avoir que sur celles qui étaient affectées au douaire de leur mère : or, il est évident que celles qui ne sont échues à leur père que depuis la mort de leur mère, n'y ont jamais pu être affectées.

La coutume de Paris s'en explique formellement en l'article 253, où il est dit : " Le douaire coutumier des enfants du " premier lit, est la moitié des immeubles qu'il avait lors du " premier mariage, et qui lui sont avenus *pendant icelui* " *mariage*, en ligne directe."

Il résulte de ces termes, *pendant icelui mariage*, que la coutume exclut du douaire des enfants ce qui ne serait advenu à leur père que depuis la mort de sa femme, qui a dissous le mariage.

---

5 *Lower Canada Jurist*, *Filion vs. de Beaujeu*, *p.* 128. } JUGÉ : Le douaire des enfants d'un second mariage ne doit consister que dans le *quart* des immeubles acquis pendant la première communauté, quoique par l'effet du partage de la première communauté fait après le second mariage, le mari soit devenu propriétaire de la totalité de l'immeuble grevé du douaire : dans ce cas le partage n'aura pas un effet rétroactif de manière à changer la quotité du douaire. L'article 279 de la Cout. de Paris ne s'applique pas au douaire coutumier d'une seconde femme et des enfants d'un second mariage—Cité par M. de Bellefeuille, p. 364.

1437. Le douaire préfix, à défaut de convention contraire, consiste aussi dans l'usufruit pour la femme et dans la propriété pour les enfants, de la portion des biens meubles ou immeubles qui le cons-

1437. Conventional dower, when there is no agreement to the contrary, also consists in the usufruct for the wife, and the ownership for the children, of the portion of the moveable or immoveable

titue d'après le contrat de mariage.

Il est cependant permis de modifier ce douaire à volonté, de stipuler par exemple qu'il appartiendra à la femme en pleine propriété, à l'exclusion des enfants, et sans retour, ou que le douaire de ces derniers sera différent de celui de la mère.

property which constitutes it according to the contract of marriage.

The parties may, however, modify this dower at will; they may stipulate, for example, that it shall belong to the wife in full ownership, to the exclusion of the children, and without return, or that the dower of the latter shall be different from that of their mother.

Voy. *Prevost de la Jannès*, cité sur art. 1426 et *Pand. frs.*, citées sur art. 1427.

---

* 2 *Argou, Liv.* 3, *ch.* 10, *p.* 128, 129. } Il y a des coutumes où la femme a le choix du douaire préfix ou du coutumier; il y en a d'autres où le douaire préfix fait cesser le douaire coutumier, c'est-à-dire, que dès le moment qu'il y a un douaire stipulé par le contrat de mariage, la femme est obligée de s'y tenir, et ne peut plus demander le coutumier. Telles sont toutes les coutumes qui ne donnent point le choix du douaire à la femme, dans lesquelles néanmoins il est permis de stipuler que la femme aura le douaire préfix ou le coutumier à son choix. La raison pour laquelle la femme n'a pas ce choix quand la coutume ne le lui donne pas, ou qu'il n'est pas réservé par le contrat de mariage, est que les parties sont présumées avoir voulu déroger de part et d'autre à la coutume en stipulant un douaire préfix; et comme les héritiers du mari n'ont pas alors la faculté de réduire la femme au douaire coutumier, lorsqu'il est moindre que le

douaire préfix, elle ne doit pas de son côté avoir l'option du coutumier, lorsqu'il est plus avantageux.

Il y en a où les parties ont la faculté de stipuler tel douaire que bon leur semble, sans qu'il puisse être augmenté ou diminué par quelque occasion que ce soit, si ce n'est pour satisfaire à l'Edit des secondes noces.

---

* *Renusson, Douaire, ch. 4, nº 2, et ch. 5, nº 17 et s.* } Ch. 4, nº 2. — Le mari par la Coûtume de Paris peut constituer doüaire préfix à sa femme plus grand que le coûtumier. Le douaire préfix dépend des personnes qui se marient ; ils peuvent convenir que le douaire de la femme sera de tous les immeubles que le mari possede et qui lui écheoiront en ligne directe ; ou le futur époux peut pour le Douaire de la future épouse constituer une rente qui consumera le revenu de tout son bien, ou attribuer une somme de deniers qui l'absorbera : la femme après le decès du mari aura droit d'en joüir ; les Contrats de mariage sont susceptibles de toutes conventions, qui ne sont point contraires aux bonnes mœurs et au droit public.

Ch. 5, nº 17.—Quelquefois le douaire préfix en deniers ou en rente, ou en heritage, constitué à la femme, est stipulé sans retour, par le Contrat de mariage ; mais cette clause devient inutile si la femme decede avant son mari, elle n'a effet que quand la femme survit le mari ; le douaire n'est ouvert que par le decés du mari, et même quand la femme survit le mari, s'il y a enfans le douaire ne laisse pas d'être propre aux enfans, la femme n'en a simplement que la joüissance, quoique stipulé sans retour, la propriété en appartient aux enfans : cela est sans difficulté lorsque les enfans se déclarent douairiers et renoncent à la succession de leur pere ; l'article 263. de la Coustume de Paris, porte que le douaire en rente ou deniers promis à une femme, n'est qu'à la vie de la femme tant seulement, s'il n'y a enfans nez et procréez du mariage, et doit tel douaire aprés le trépas de la femme revenir aux heritiers du mari, s'il n'y a Contrat au contraire ; c'est-à-dire,

s'il n'est stipulé sans retour : la clause du douaire sans retour apposée dans un Contrat de mariage, est pour exclure les heritiers collateraux et non pas les enfans, qui ont liberté de renoncer à la succession de leur pere et se tenir au douaire, et le douaire leur doit appartenir, quoique stipulé sans retour. Mais on en a douté lorsque les enfans se portent heritiers de leur pere et ne renoncent pas à sa succession pour se tenir au douaire. On dit en ce cas que la clause du douaire sans retour doit avoir pareillement son effet au profit de la femme, à l'égard des enfans, et que les enfans n'y peuvent rien pretendre ; par la raison qu'étant heritiers de leur pere, ils ne peuvent être douairiers.

18. Me Jean Bacquet, Traité des Droits de Justice, chap. 15. nomb. 47. semble être de ce sentiment : Il dit premierement que ces mots, *sans retour*, s'entendent pour exclure les heritiers collateraux, et non pas pour exclure les enfans venus du mariage ausquels le douaire préfix est propre comme le coustumier, et que le douaire préfix, quoiqu'il soit stipulé sans retour, appartient aux enfans, pourvû que les enfans renoncent à la succession de leur pere. Il dit ensuite au nomb. 49. que si les enfans sont heritiers de leur pere, ils ne pourront demander à leur mere le douaire stipulé sans retour ; que c'est en ce cas un don et avantage fait par le mari à sa femme en faveur de mariage, si elle survit son mari ; que la femme l'auroit pû vendre comme à elle appartenant ; que le mari a pû donner à sa femme l'heritage ou la rente qui lui est assignée pour son douaire préfix stipulé sans retour, et dit que cela fut ainsi avisé au Châtelet en presence de deux de Messieurs du Parlement, au commencement du mois de Mars 1587. suivant lequel avis, Arrest fut rendu et prononcé solemnellement le 23. du même mois de Mars, entre Jacques et Parfait Malingre, enfans de Jean Malingre Huissier de la Cour de Parlement, appellans de Sentence des Requestes du Palais du 21. May 1586. d'une part, et Jeanne Rabache leur mere, veuve en secondes nôces de Me Martin Herbelot, intimée, d'autre.

19. Le fait sur lequel cet Arrest est intervenu, est que Jean Malingre premier mari de Jeanne Rabache lui avoit constitué en douaire par son Contrat de mariage cent livres de rente s'il n'y avoit point d'enfans du mariage, et de quatre-vingt livres s'il y avoit des enfans, rachetable au denier douze, et il estoit dit que le douaire seroit pour elle et ses hoirs sans retour. Jeanne Rabache aprés le decés de Malingre son mari, qui avoit laissé des enfans, convola en secondes nôces et vendit la rente de quatre-vingt livres à Estienne Tarteron, lequel poursuivit les enfans du premier lit de Jeanne Rabache pour être condamnez païer et continuer la rente de quatre-vingt livres, qui avoit esté constituée à leur mere pour son douaire sans retour. Les enfans de Jeanne Rabache soûtinrent que le douaire n'estoit que viager à leur mere et qu'ils n'estoient tenus de lui continuer la rente que tant qu'elle seroit vivante, et même qu'en tout cas c'estoit un avantage fait par leur pere à leur mere, qui devoit leur être conservé suivant la Loy *Fœminæ*, la Loy *Generaliter*, et la Loy *Hac de Edictali Cod. de secundis nuptiis.* Jeanne Rabache au contraire aïant pris le fait et cause de Tarteron acquereur, disoit que son douaire avoit esté stipulé sans retour, que ses enfans estant heritiers de Jean Malingre leur pere estoient tenus de ses faits et promesses et de continuer la rente, joint qu'étant heritiers de leur pere ils ne pouvaient estre douairiers; comme aussi que le douaire préfix de quatre-vingt livres de rentes qui lui avoit esté constitué, n'estoit pas un don ni une libéralité de son mari, mais seulement une recompense en consideration des biens qu'elle lui avoit apporté en mariage. Par Sentence des Requestes du Palais les enfans furent condamnez passer titre nouvel de la rente à Estienne Tarteron acquereur, lui en païer les arrerages et continuer jusques au rachat; et par le susdit Arrest la Sentence fut confirmée. Ce même Arrest est rapporté par Me René Chopin sur la Coûtume de Paris, liv. 1. tit. 2. nomb. 3. Il est pareillement rapporté par Me Jacques de Montholon, en son Recueil d'Arrests prononcez en Robbes rouges chap. 46. il lui donne

une autre datte, et fait mention d'un autre Arrest prononcé à la Pentecôte 1584.

20. Il y en a d'autres qui ne sont pas de cette opinion, et qui disent que cet Arrest ne doit estre suivi que quand le douaire est stipulé sans retour ; que cette clause n'a point d'effet lorsqu'il y a des enfants issus du mariage : soit que les enfans soient heritiers de leur pere, soit qu'ils soient simplement douairiers ; que cette stipulation se fait seulement pour exclure les heritiers collateraux du mari, ou ses creanciers, ou les enfans qu'il auroit d'un premier lit ; mais que cette clause n'exclud pas les enfans issus du mariage, qui ont droit de pretendre le fonds et la proprieté du douaire après le decés de leur mere ou comme heritiers ou comme douairiers ; que s'ils sont heritiers, le fonds du douaire est confus dans la masse de la succession. De cette opinion est Me Barthelemi Ozanet en ses Memoires, sur l'article 263. de la Coustume de Paris, où il dit qu'il ne faut pas étendre la clause par laquelle le douaire a esté stipulé sans retour contre les enfans issus du mariage, quand même ils seroient heritiers de leur pere ; qu'il ne faut pas s'arrester à l'Arrest prononcé en Robbes rouges, rapporté par Me Jacques de Montholon en son Recueil d'Arrests, il dit que cet Arrestographe est peu fidelle, et qu'il ne peut ajoûter foy à ses relations, aprés avoir fait lever au Greffe deux Arrests par lui remarquez, qui se sont trouvez avoir jugé le contraire de ce qui est rapporté en son livre. Neanmoins cet Arrest n'est pas rapporté par Me Jacques de Montholon seul ; il est aussi rapporté par Me Jean Bacquet et par Me René Choppin, aux lieux ci-dessus citez ; mais enfin la resolution de Me Barthelemi Ozanet est de dire que cet Arrest ne doit estre suivi, et que la clause du douaire sans retour, n'a son effet que quand il n'y a point d'enfans issus du mariage, et que quand il y a des enfans issus du mariage le fond et la propriété du douaire leur doit toûjours retourner, ou comme douairiers ou comme heritiers, et que leur mere n'a pas droit d'en disposer si cela n'est exprimé ; qu'il est à presumer que par la stipulation du douaire sans retour

on n'a eu intention que d'exclure les heritiers collateraux du mari ou ses creanciers, ou les enfans qu'il auroit d'un premier mariage, et non pas les enfans qui naîtroient du mariage ; que dans le doute il ne seroit pas raisonnable d'interpreter la clause contre les enfans issus du mariage ; que la clause du douaire sans retour n'attribuë pas la proprieté du douaire préfix à la mere au préjudice de ses enfans issus du mariage, et qu'ils n'en peuvent être privez que par une clause expresse ; que cela appartient à l'heredité du pere, quand il y a des enfans, soit qu'ils soit heritiers, soit qu'ils soient douairiers : mais neanmoins voilà la question jugée par un Arrest.

21. Il y a un second Arrêt qui a jugé même chose que le precedent. Le fait est que, par le Contrat de mariage de Charles Valiek avec Marie Roüillard, du 25. Juin 1602. il fut stipulé que la future épouse seroit doüée de deux mille écus d'or de doüaire préfix et sans retour. Charles Valiek étant décedé, Marie Roüillard fut élûë tutrice de Marie Valick sa fille, pour laquelle elle se porta heritiere par benefice d'inventaire de son pere. Les biens de la succession de Charles Valiek aïant été saisis réellement, Marie Roüillard sa veuve renonça à la Communauté et s'opposa pour ses conventions matrimoniales et pour le douaire préfix de deux mille écus d'or sol sans retour. En 1638. Marie Valiek fut mariée avec André Boissot ; Marie Roüillard étant décedée peu de tems aprés, Marie Valiek sa fille accepta aussi sa succession par benefice d'inventaire, et en cette qualité reprit l'instance d'opposition formée par Marie Roüillard sa mere, aux criées des biens de la succession de Charles Valiek. En 1639. Marie Valiek déceda et laissa Marie Magdelcine Boissot sa fille, à laquelle André Boissot son pere aïant été élû Tuteur, il se porta pour elle heritier par benefice d'inventaire de Marie Valiek sa mere. Les biens de la succession de Charles Valiek ayeul, aïant été adjugez par decret au Châtelet, l'Instance d'ordre fut évoquée en la premiere Chambre des Enquestes par Arrêt du 16. Janvier 1644. André Boissot Tuteur de Ma-

rie Magdeleine Boissot heritiere par benefice d'Inventaire de Marie Valiek sa mere, qui étoit heritiere par Benefice d'Inventaire de Marie Roüillard, reprit l'Instance d'opposition qui avoit été formée par Marie Roüillard, pour ses conventions matrimoniales et pour le douaire préfix de deux mille écus d'or sol sans retour. Marie Magdeleine Boissot fut mariée à Jean Chassier lequel voïant qu'il n'y avoit rien à esperer du chef de Marie Roüillard ayeule, parce que les sommes pour lesquelles elle seroit colloquée, iroient au profit de ses creanciers qui étoient opposans en sous ordre, pretendit que le douaire préfix de deux mille écus d'or sol n'appartenoit pas à Marie Roüillard, mais à Marie Valiek sa fille comme lui étant propre, nonobstant qu'il eût été stipulé sans retour à Marie Roüillard : mais comme Marie Valiek avoit pris qualité d'heritiere par benefice d'Inventaire de Charles Valiek son pere; Jean Chassier et Marie Magdeleine Boissot sa femme en qualité d'heritiere par benefice d'Inventaire de Màrie Valiek sa mere, renoncerent aux successions de Charles Valiek et de Marie Roüillard, que Marie Valiek avoit apprehendées par benefice d'Inventaire, et déclarerent comme heritiers de Marie Valiek, qu'ils se tenoient au douaire coustumier à Marie Roüillard, par son Contrat de mariage qui étoit propre à Marie Valiek ; et depuis par une Requête du 1. Septembre 1672. ils demanderent qu'en consequence de la renonciation par eux faite en qualité d'heritiers par benefice d'Inventaire de Marie Valiek, aux successions de Charles Valiek et Marie Roüillard; il fût ordonné que sur le prix de l'adjudication desdits biens, ils fussent païez par preference à tous creanciers, de la somme de deux mille écus d'or de douaire préfix qui étoit propre à Marie Valiek, et obtinrent Lettres pour être relevez de l'acceptation que Marie Valiek avoit faire des successions de ses pere et mere par benefice d'Inventaire; ils firent nommer Sebastien Volet pour curateur à leurs successions vacantes, lequel reprit l'Instance d'opposition, au lieu de Chassier et Marie Magdelaine Bosset sa femme.

22. L'Instance aïant été mise en état, Arrêt est intervenu au rapport de Monsieur du Fos le 7. Juillet 1674. par lequel Volet en qualité de curateur à la succession vacante de Marie Roüillard, aïant repris au lieu de Marie Magdelaine Boissot fille et heritiere par benefice d'Inventaire de Marie Valiek, qui étoit fille et heritiere par benefice d'Inventaire de Marie Roüillard, est colloqué du 25. Juin 1602. pour la somme de six mille livres pour le douaire préfix sans retour, de deux mille écus d'or constitué à Marie Roüillard par son Contrat de mariage, et pour autres sommes dûës à Marie Roüillard pour ses reprises, remploi et preciput ; sur toutes lesquelles sommes les creanciers de Marie Roüillard furent colloquez en sous ordre, Chassier et Marie Magdeleine Boissot sa femme condamnez à rendre compte des successions beneficiaires de Charles Valiek et Marie Rouillard, sans s'arrêter ausdites Lettres obtenuës par Chassier et sa femme ; et sur les autres demandes, les Parties sont mises hors de Cour et de Procés. Par cet Arrest on juge même chose que par le precedent ; sçavoir ést, que le douaire préfix sans retour de deux mille écus d'or n'appartenoit point à Marie Valiek, mais qu'il appartenoit à Marie Rouillard sa mère ; et il est adjugé à Volet curateur à sa succession vacante, par la raison que Marie Valiek avoit accepté la succession de Charles Valiek son pere, par benefice d'Inventaire.

23. Ce que dessus est dit pour les Coustumes où le douaire est propre aux enfans.

24. Il ne sera pas mal à propos de rapporter un Arrest qui est intervenu touchant une autre clause du douaire à laquelle on vouloit donner l'effet de la clause du douaire sans retour : le Contrat de mariage portoit que la femme estoit doüée d'une somme de deniers pour une fois païée, à prendre si-tôt que douaire auroit lieu: le fait estoit que Claude Porlier avoit contracté mariage avec Claudine de Missy, par le Contrat de mariage il estoit dit que le futur époux avoit doüé la future épouse de quatre cent livres une fois païé, à prendre aussi-tôt que douaire auroit lieu, sur ses plus clairs et appa-

rens biens ; Claudine de Missy aïant survécu son mari, cette somme de quatre cent livres lui fut païée ; Claudine de Missy estant depuis decedée, Guillaume Lesquillier à cause de Marie Porlier sa femme, heritiere de Claude Porlier, demanda aux heritiers de Claudine de Missy la somme de quatre cent livres et les interests du jour du decés de Claudine de Missy ; les heritiers de Claudine de Missy contesterent cette demande, disant que cette clause équipolloit à la clause du Douaire sans retour. Par Sentence du Bailly de Montmorenci Guillaume Lesquillier fut debouté de sa demande, de laquelle Sentence aïant interjetté appel en la Cour, la Sentence fut infirmée, la Cour mit l'appellation et ce don était appellé au neant, émendant, ordonna que la somme de quatre cent livres seroit renduë avec les interests du jour du decés de Claudine de Missy : lequel Arrest est du 20. Fevrier 1680. et est rapporté au Tome 4e du Journal des Audiances, Liv. 3. chap. 6.

1438. Le douaire coutumier ou le préfix est un gain de survie qui est ouvert par la mort naturelle du mari.

Rien n'empêche cependant que le douaire ne soit ouvert et rendu exigible par la mort civile du mari, ou par la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, lorsque cet effet résulte des termes du contrat de mariage.

Il peut également être

1438. Dower, whether customary or conventional, is a right of survivorship which opens by the natural death of the husband.

It may however be opened and become exigible by the civil death of the husband, or by separation from bed and board, or separation of property only, if such effect result from the terms of the contract of marriage.

It may likewise be de-

exigé, au cas de l'absence du mari, sous les circonstances et conditions exprimées aux articles 109 et 110.	manded in the case of the absence of the husband, under the circumstances and conditions expressed in articles 109 and 110.

Voy. *Cout. de Paris*, art. 263, et *Argou*, cités sur art. 1427, *C. C. B. C.*, art. 36, § 8 et art. 1403 et *Brodeau et Louet*, cités sur art. 1322.

Pocquet de Livonnière, Règles, Tit. 7, *ch.* 2, *n°* 10, *p.* 180. } Le Douaire coutumier, ou le conventionnel saisit de plein droit, sans demande, ni sommation du jour du décès du mari, et les fruits en sont dûs de ce jour-là.

Paris, art. 256. *Anjou, art.* 312.

Loysel, *tit. du Douaire, Reg.* 10.

Louet et Brodeau, *lettre F, chap.* 7, *et lettre I, chap.* 10.

Secùs, au Maine, art. 325.

---

* *Renusson, Douaire, ch.* 5, *nos* 40, 45. } 40. Nous avons dit que le Douaire coustumier ou prefix saisit sans qu'il soit besoin de le demander en jugement, et que les arrerages courent du jour du decés du mari ; mais on demande si le decés du mari s'entend non-seulement de la mort naturelle du mari, mais aussi de la mort civile, qui est lorsque le mari a esté condamné au bannissement ou aux galeres à perpétuité, ou que le mari a esté condamné à mort, par défaut ou contumace, et qu'il ne s'est pas representé dans les cinq ans. On répond que quand la Coustume parle de decés, de mort, de trépas, cela s'entend seulement de la mort naturelle, si la Coustume ne s'est expliquée autrement. Me Charles du Moulin, sur la Regle *De infirmis resignantibus*, num. 30. dit que : *Statutum loquens de morte intelligitur de naturali, non autem de civili, nec extenditur ad civilem nisi in casibus à jure*

expressis. Il en est de même des Contrats et des conventions ; quand il est parlé de mort, de decés, de trépas, purement et simplement, cela s'entend de mort naturelle. Nos Coustumes parlant du Douaire disent qu'il est dû à la femme par le decés du mari.

45. Quand il y a long temps que le mari s'est absenté et qu'on n'en a reçeu aucune nouvelle, les heritiers présomptifs peuvent se mettre en possession des biens après dix ans d'absence ; il y a des Coûtumes qui disent sept ans. La Coûtume du Maine en l'article 287. dit : *Si aucun a esté absent du Païs par sept ans continuels, tellement que la femme ou autre qui seront les heritiers présomptifs n'eussent oüi nouvelle depuis ledit temps qu'il fût vivant, sans estre retourné ; les heritiers présomptifs se peuvent ensaisiner des choses de la succession, et si autres qu'eux en estoient ensaisinez ou ensaisinoient, ils se pourroient complaindre dans l'an ; mais si après il retournoit au Pays, les biens lui seroient rendus avec les fruits qui en auroient esté levez.* La Coûtume d'Anjou contient même disposition en l'article 269. Après dix ans d'absence, quand on n'a point entendu de nouvelles de l'absent, ou après sept ans d'absence dans les Coûtumes qui en contiennent disposition, les heritiers présomptifs se peuvent ensaisiner des biens de l'absent, et la femme peut demander la jouissance de son Douaire.

---

* 12 *Pand. frs.*, *p.* 167, 169. } Ce fut autrefois une question de savoir si la mort civile du mari donnait ouverture au douaire. La Coutume de Melun portait l'affirmative. Elle était la seule qui s'en expliquât formellement. Celle de Nevers disait : *douaire échet par la mort* NATURELLE *du mari.* Les autres disaient simplement que le douaire s'ouvre *par le décès*, ou *par le trépas.* On demandait si ces termes, *mort*, *décès*, *trépas*, devaient s'entendre seulement de la mort naturelle, ou si on devait les entendre aussi de la mort civile.

Dumoulin atteste que, déjà de son temps, l'opinion com-

mune était que ces termes ne devaient s'entendre que de la mort naturelle. On trouve dans la Collection de Louet un arrêt qui a jugé, conformément à cette opinion, que le douaire de la femme n'était pas ouvert par la condamnation du mari à une peine capitale, et lui a adjugé seulement une provision.

Il faut aujourd'hui décider le contraire, d'après les dispositions du Code civil, qui portent que la mort civile de l'un des époux donne ouverture à tous les gains de survie, et surtout d'après celle qui le prescrit ainsi relativement au préciput.

422. Du principe que l'on avait admis, que la mort naturelle du mari pouvait seule donner ouverture au douaire, il suivait qu'il n'y avait pas lieu à ce droit, par l'absence du mari, quelque longue qu'elle fût, tant qu'il était incertain s'il était mort ou vivant. (Renusson, titre du Douaire, en rapporte un arrêt du 4 décembre 1615.) Cependant quelques Coutumes permettaient, en ce cas, à la femme de l'exiger provisoirement. (Nevers, Maine. *Voyez* Coquille, sur Nivernais, quest. 150.)

Maintenant, lorsqu'il y a convention de douaire au contrat de mariage, et que le mari est absent, il faut se conformer aux dispositions du Code civil. Si la femme, optant pour la continuation de communauté, suivant la faculté qui lui en est accordée, se fait envoyer en possession des biens, il est évident qu'elle ne peut demander le douaire.

Si elle souffre l'envoi en possession provisoire des héritiers de son mari, elle peut demander, aussi provisoirement, la délivrance de son douaire, comme de tous les autres droits éventuels qui dépendent de la condition du décès de l'absent, à la charge de donner caution.

Si l'absence ayant duré trente ans, les héritiers se font envoyer en possession définitive, il y a ouverture au douaire, comme dans le cas de la mort naturelle. Si la femme en a obtenu la délivrance provisoire, la caution qu'elle a donnée est déchargée.

423. Suivant le plus grand nombre des Coutumes, la femme était saisie de droit de son douaire à la mort du mari.

---

* *Lamoignon, Recueil des Arrêtés, Tit. 34, art. 4, p. 220.* } La mort civile du mari ne donne point ouverture au douaire ni à l'augment de dot, sauf à la femme de demander en justice une pension qui ne pourra excéder le mi-douaire.

---

* *Lacombe, Recueil, v° Douaire, sec. 9, n° I.* } *De quel jour le douaire est ouvert.*—*V.* Ren. du douaire ch. 5. n. 40 et suiv.

1. Celui de la femme n'est ouvert que par la mort naturelle du mari, et non par la mort civile ; parce que les Coutumes parlant de mort, s'entendent de la mort naturelle, Mol. *de inf. resign. n.* 30. de même des contrats et conventions, Ren. n. 40. mais *v.* Melun, 235. Maine, 331. Nivern. du douaire, art. 6. Mais en cas de mort civile, l'on adjuge une pension à la femme, Ar. 27 Janvier 1596. Louet, D. 36. Ric. sur Paris, 256. Brod. *eod.* Ren. n. 42.

---

* *Montholon, Arrêt* 63e, *p.* 131. } La femme est préférée tant pour sa dot que augment de dot en pays de droict escrit, le mary ayant faict cession, aux autres créanciers premiers saisissans sur les meubles.

---

* 1 *Despeisses, du mariage, Tit.* 13, *sec.* 5, *n°* 8. } La femme peut faire demande du dit augment, lorsqu'elle est séparée de biens d'avec son mari, pour le mauvais traitement qu'elle en reçoit, c'est-à-dire en cas de separation de corps comme il a été jugé au Parlement de Paris, les 17 fév. 1564 et 10 juillet 1574 Bacquet au traité des droits de justice, ch. 15, n° 61, et le 18 sept. 1576, Chenu en ses Questions, quest. 42.

---

* 2 *Bretonnier sur Henrys, Liv.* 4, *ch.* 3, *quest.* 10, *p.* 202. } Quand il n'y a pas de convention particulière sur cela par le contrat de mariage, les intérêts de l'augment doivent être payés suivant l'usage des lieux.

Suivant la coutume de Paris, art. 256, les arrérages du douaire courent du jour du décès du mari, sans qu'il soit besoin de les demander en justice. Si dans un contrat de mariage l'on avait stipulé que la dot ne serait payée à la femme qu'après un ou deux ans, est-ce que les héritiers du mari seraient bien fondés à prétendre que les arrérages du douaire ne doivent être payés qu'à proportion des payments de la dot ? Il faut porter le même jugement des intérêts de l'augment, que des arrérages du douaire, parce que les uns et les autres sont dus de plein droit, sans demande du jour du décès du mari.

---

* 2 *Prevost de la Jannès, Douaire, n°* 401, *p.* 125. } 401. La mort du mari donne ouverture au douaire, encore même que le mariage n'eût point été consommé, pourvu qu'il ait reçu son accomplissement par la Bénédiction Nuptiale et la Célébration.

Dans la Coutume de Paris, la femme en est saisie *ipso jure*, dès l'instant du décès du mari, soit que le douaire soit coutumier, soit qu'il soit conventionnel.

---

1 *Rev. de Législation, Mercier vs. Blanchet et Bignell vs. Henderson, Québec* 1844. } *Remarques de l'hon. juge Bédard :* La question élevée par la demanderesse en cette cause, (n° 1797, Bignell et Henderson,) est relative à l'étendue des droits que peut exercer contre son mari vivant une femme séparée en justice, et l'étendue de ces droits dépend nécessairement de l'interprétation à donner aux clauses suivantes de son contrat de mariage.

Il contient, 1° Stipulation de communauté, suivant la coutume de Paris.

2° Constitution de douaire, dans les termes suivants.—*And the said Alexander Henderson in consideration of the said marriage, doth endow the said Eliza Bignell, his intended spouse, with a douaire préfix of the sum of seven hundred pounds currency, the same to be had and possessed agreable to the laws of the Province.*

3° La clause de reprises, sur laquelle se fonde principalement la demanderesse, est conçue en ces termes :— " *And at the time of the dissolution of the said future community or communauté, (whether such dissolution happens by death or otherwise,) if the said Eliza Bignell shall renounce thereto, it shall and will be lawful for her to retake, de reprendre franchement et quittement, out of the said communauté, all and whatsoever effects and property moveable and immoveable she shall or may have brought in the same, &c., also, the aforesaid sum of seven hundred pounds currency for her douaire and all her other matrimonial advantages without being held to pay any of the debts of the said future communauté.*"

La demanderesse, en vertu de cette dernière clause, (" *shall retake also the aforesaid sum of £700 for her douaire,*") réclame cette somme, sur le principe que la condition stipulée en sa faveur, savoir la dissolution de sa communauté autrement que par mort, étant accomplie, elle a droit d'exiger de son mari l'accomplissement de ce contrat, par conséquent le paiement de cette somme : réclamation qui ne rencontre aucune objection ni de la part de tiers créanciers, ni de celle de son mari, auquel sa femme ne fait que demander l'exécution d'un contrat voulu et signé par lui-même. S'il s'agissait d'un tout autre contrat que d'un contrat de mariage, d'un contrat de société ordinaire, par exemple, le fait de l'accomplissement de la condition rendrait ce contrat exécutoire contre la partie contractante, et rien n'empêcherait un associé, avenant la dissolution de la société, de demander une part particulière dans les fonds de la société, si la convention était telle.

Admettant, comme nous l'admettons avec Pothier, 3 vol. p. 490, l'inviolabilité de toutes les clauses d'un contrat de

mariage qui ne contient rien de contraire aux bonnes mœurs ou à quelque loi prohibitive, si au lieu de trouver dans ce contrat une stipulation de douaire, il y avait exclusion de ce droit, et que le mari eut stipulé en faveur de sa femme, au lieu de douaire, une rente annuelle et viagère de £42, au cas de dissolution de communauté *par mort ou autrement*, nous n'hésiterions pas à condamner le mari au paiement de cette rente. C'est du moins ce que tous les membres de ce tribunal ont unanimement jugé, en octobre 1841 en faveur de la femme contre son mari vivant, dans la cause nº 589.—Defoy *vs.* Hamel. Le contrat de mariage dans ce cas n'accordait pas de douaire, *eo nomine*, mais donnait à la femme droit à une rente viagère de £60, au cas de dissolution de communauté *par mort ou autrement.* Ce n'est que parce que le contrat de mariage qui nous est soumis contient une " stipulation de douaire," que l'on peut regarder la femme comme non recevable à exiger, du vivant de son mari, l'accomplissement de la 3ème clause précitée de son contrat de mariage. En effet, dit-on, le douaire est par le droit commun et de sa nature un GAIN DE SURVIE, qui ne s'acquiert que par le prédécès du mari : de là la maxime : *Jamais mari ne paya le douaire.*

Il est inutile de rapporter les nombreuses citations qui établissent que, nonobstant cet adage, les cours en France adjugeaient autrefois le douaire à la femme, même le douaire coutumier, dans le cas de séparation, pour causes de sévices ou d'indigence : il suffit d'y référer. Plus tard, les cours n'accordèrent que le mi-douaire en forme de pension. Ce qui paraît certain, au dire de Lebrun, c'est que cette ancienne jurisprudence avait changé dès 1660, et que depuis l'arrêt du 20 mars de cette année, l'on ne trouve pas, (dit Lebrun p. 331, de la communauté) " que l'on se soit départi de la règle que la mort seule du mari donne ouverture au douaire. Observons cependant que cette règle, " *jamais mari ne paya le douaire*," n'a d'application qu'au douaire soumis aux règles de la coutume de Paris, qui suppose toujours le prédécès du mari et n'accorde le douaire à la femme que comme gain de

survie, de même que son préciput. Mais cette règle du droit coutumier n'est-elle pas elle-même assujétie et subordonnée à cette autre règle invariable qui consacre l'inviolabilité des contrats de mariage. Si les époux ont voulu s'astreindre au régime de la coutume de Paris, l'adage de Loisel leur est applicable; mais si au contraire les époux ont voulu se faire des conditions différentes de celles voulues par la Coutume comme de l'aveu de tous ils en avaient le droit, alors il faut suivre et exécuter leur volonté, sans égard aux dispositions d'une coutume, à laquelle ils n'ont ni voulu ni été tenu de s'astreindre. Alors, le contrat des parties devient la loi des parties, de même que celle du tribunal. Nous ne pouvons ni l'altérer ni le modifier et notre devoir est de lui donner tout l'effet que les parties ont voulu lui donner, et d'en concilier les clauses en apparence contradictoires, de manière à lui assurer sa pleine exécution.

Voyons quelle a été l'intention des parties en cette cause? N'entrevoyant en premier lieu dans leur union qu'un avenir heureux, et comptant sur leur industrie et leurs ressources mutuelles pour leur subsistance commune pendant la durée du mariage, ils n'ont dû songer d'abord qu'au cas de prédécès de l'un d'eux, comme étant le terme inévitable de leur société, et à ce point de vue ils ont stipulé un douaire en faveur de la femme, pour lui assurer des moyens de subsistance; et c'est le cas d'appliquer l'adage, *jamais mari ne paya le douaire*, et de ne voir dans cette première stipulation qu'un gain de survie, exigible que par l'accomplissement de la condition voulue, le prédécès du mari.

Mais prévoyant d'autres vicissitudes, et le cas où leur communauté pourrait ne pas prospérer, et serait dissoute *autrement que par mort*, et où la femme se trouverait pendant la durée du mariage sans aucun moyen de subsistance, les parties contractantes ont voulu stipuler un autre avantage pour un cas prévu; et qu'à cet effet elles aient, dans une clause subséquente ainsi qu'elles l'ont fait, stipulé le même douaire quant au montant, mais payable de suite, avenant la dissolu-

tion de communauté *par mort ou autrement*, dira-t-on alors qu'il n'y a pas l'intention expresse de déroger à la clause précédente; et la volonté de stipuler dans le cas prévu le paiement immédiat d'une somme, (égale si l'on veut au douaire,) due et exigible indépendamment du prédécès du mari, par le fait seul de la dissolution de la communauté ? Je ne saurais le croire. Quoique cette seconde clause ne porte pas, *totidem verbis*, renonciation à la Coutume de Paris, elle comporte comme dans bien d'autres cas analogues, une renonciation suffisante, en ce qu'elle est directement contraire aux dispositions de cette coutume qui fait du douaire un gain de survie, tandis qu'elle crée un avantage exigible à la dissolution de la communauté, le mari mort ou non. Les parties n'en ont pas pour cela stipulé des clauses contradictoires et irréconciliables, mais bien deux clauses différentes, dépendant de deux conditions différentes, pourvoyant à deux cas distincts, donnant lieu à deux avantages différents, savoir dans un cas un gain de survie dépendant du prédécès du mari, dans l'autre l'exigibilité, lors de la dissolution de la communauté, de la même somme de deniers accordée d'abord comme gain de survie. Il y a moins de contradiction apparente, moins de déviation à la nature du contrat passé, dans ces deux stipulations, qu'il n'y en a dans les clauses de reprises que sanctionnent toutes les décisions et les autorités. Ne semble-t-il pas qu'il soit contre la nature du droit de communauté qui suppose des droits communs et égaux, de stipuler en faveur de la femme le droit de reprendre ce qui ayant été une fois donné eût dû rester commun pour toujours?—c'est donner et retenir apparemment; et pourtant la chose se pratique tous les jours, et l'on n'en fait pas une question. D'ailleurs le douaire de la demanderesse n'est pas simplement le douaire reconnu par la coutume; il est encore un douaire conventionnel qui a pour base deux titres, la coutume et le contrat de mariage. Ce douaire n'est pas pour elle un gain de survie, un droit éventuel, une simple expectative; c'est sa propriété, il est devenu sa chose propre, il a été sa pro-

priété certaine, fixe, incommutable, du jour des épousailles.

Il serait superflu de faire voir qu'un pareil contrat n'a rien qui répugne aux bonnes mœurs. N'est-il pas expressément autorisé par nombre de coutumes en France? celles de Normandie, Maine et autres? Le douaire, dans son principe, ayant pour objet la subsistance de la femme et de ses enfans, le temps où la femme pouvait requérir ce secours importait peu au législateur, qui n'avait en vue que de protéger la femme contre l'imprévoyance du mari: aussi l'esprit de la loi ne saurait être blessé, en accordant à la femme ou plutôt ou plus tard ce gain que la loi lui assure.

Les argumens *ab inconveniente* n'ont rien ou peu de chose à faire avec les principes, d'ailleurs il serait facile d'y répondre et l'on sait que la cour aurait droit de veiller au placement de la somme réclamée pour la conserver aux enfans. A tous ces argumens l'on doit répondre: les parties l'ont voulu, elles avaient droit de le vouloir ainsi; leur volonté est pour nous une loi inviolable.

Les auteurs en général, tel que Renusson, Bourjon et autres disent bien: " que ni la séparation ni la mort civile ne donne ouverture aux gains de survie;" mais tous ces auteurs parlent de la communauté *légale* telle que régie par la coutume de Paris, et non de la communauté *conventionnelle*; c'est ce qui fait dire à Bourjon 1 vol. p. 609: " La mort naturelle est la condition *tacite* dont l'accomplissement seul peut faire ouverture à ces gains; autrement ce serait ajouter au contrat de mariage et à la nature de ces droits."

Les parties en cette cause ont ajouté à la première clause de leur contrat de mariage, et changé par une clause subséquente la nature du douaire stipulé en premier lieu en disant que ce douaire serait payé du vivant du mari avenant telle condition, maintenant accomplie.

Pothier, dans son traité de communauté nº 381, fait voir, en parlant des reprises, qu'on supplée en faveur de la femme à des conditions omises par les époux, et dans son nº 74

Introduction au titre X de la communauté, p. 298, il dit: " C'est la dissolution de la communauté qui donne ouverture au droit de reprise, soit qu'elle arrive par le prédécès du mari, soit qu'elle arrive par la séparation quand même la clause serait conçue dans ces mots: la femme *survivante* pourra etc: car l'intention des parties par ces termes survivante n'a été que de signifier que le droit de reprise n'était accordé qu'à la future et non à ses héritiers."

Lebrun, Communauté p. 484. n° 21, atteste que " la femme qui se fait séparer a droit à ses reprises, même lorsque cette reprise est stipulée précisément en cas de survie, parcequ'on *présume* qu'on a plus dit et entendu qu'on a écrit et que si on s'est abstenu de parler de séparation, de crainte de mauvais augure, on a entendu néanmoins que quand la communauté sera dissoute et qu'il sera permis à la femme de renoncer soit à l'occasion de la mort du mari, soit d'une séparation de biens, il lui sera aussi permis de reprendre ce qu'elle aura apporté: ainsi le cas de la reprise étant une fois arrivé soit par mort ou par séparation, on ne considère point ce qui arrive après, *il suffit que le cas compris dans la clause soit* arrivé, ce qui survient ne révoque pas le passé."

De cette citation, applicable si l'on veut, au cas de reprise particulièrement, n'est-on pas en droit de dire que si dans une clause portant condition de prédécès, l'on doit présumer " qu'on a plus dit et entendu qu'on a écrit," pour s'autoriser en faveur de la femme à passer par-dessus cette convention, à plus forte raison l'interprétation doit se faire d'une manière favorable encore plus à la femme, lorsqu'au lieu de rencontrer une clause prohibitive, elle exprime sa volonté nommément d'avoir sa reprise, y compris son douaire, quelque soit la manière dont sa communauté soit dissoute, par mort ou autrement. Je ne vois pas même pourquoi les mots *also the aforesaid sum of* £700 seraient séparés du reste de la sentence. Ils me paraissent faire partie de la reprise. Il est vrai que le mot *reprendre* veut dire prendre une seconde fois ce que l'on avait déjà, mais c'est le mot usité dans toutes les formules

quant au douaire. Le notaire aurait pu, il est vrai, dire *reprendre* ce qu'elle a apporté et ajouter prendre aussi son douaire, mais la phrase eut été rien moins qu'élégante.

Pourquoi dans cette cause ne dirait-on pas avec Lebrun : " Il suffit que le cas compris dans la clause du mariage soit arrivé " pour s'y conformer et lui donner effet. Ce serait rencontrer l'opinion de Renusson, des Propres p. 208, n° 11, quand il dit : " CETTE CLAUSE (celle de reprise) N'EST POINT LIMITÉE AU CAS DE SURVIE COMME LA CLAUSE PRÉCÉDENTE (celle qui établit le douaire) ET DONNE LA REPRISE (le contrat devant vous accorder la reprise avec ensemble le douaire et préciput) EN TERMES GÉNÉRAUX ARRIVANT LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ : ET COMME LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ PEUT ARRIVER PAR LA SÉPARATION DE BIENS DE MÊME QUE PAR LE PRÉDÉCÈS DU MARI, IL N'Y A PAS DE DOUTE QUE LA FEMME PEUT DEMANDER LA REPRISE EN L'UN ET L'AUTRE CAS.

Dictionnaire de Droit, V. Reprise p. 766.

L'ancien Répertoire, p. 221, pose la question " *La femme séparée de bien peut-elle demander son douaire, son préciput et ses autres droits de survie, comme si le mariage était toujours dissous par la mort?* " L'auteur décide avec raison que non, parcequ'il n'y a pas entre " la séparation de biens " et le cas de mort une identité assez marquée pour croire que l'intention du législateur ou des contractants a été de les comprendre tous deux " savoir le cas de mort et le cas de séparation " dans leurs dispositions. La raison de cette décision est qu'il s'agit de l'exercice de droits stipulés expressément en " *cas de survie* " la condition est la " *mort* " du conjoint et non " *la dissolution de communauté* ; " mais si, comme dans le cas actuel, les contractans ont expressément stipulé qu'avenant " LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ, PAR MORT OU AUTREMENT," la femme prendrait ses douaire et préciput ; on trouvera alors que l'intention des parties a été de comprendre ces deux cas dans leurs dispositions, et alors la raison de l'auteur dans le cas posé par lui limitera en faveur de la demanderesse en cette cause. Cette observation répond à la citation tirée des

Actes de Notoriété p. 20, tel Acte de Notoriété réfère lui aussi à une clause de reprise, comprenant le douaire et le préciput stipulés dans les termes ordinaires comme gains de survie, et par conséquent exigibles seulement en cas de prédécès de l'un des conjoints, mais ne décide rien par rapport à une clause particulière comme celle du contrat qui nous occupe.

Auzanet, p. 170, Pothier, n° 153, Lebrun p. 330 et tous les autres auteurs que l'on pourrait citer, parlent du douaire coutumier, tel que réglé par la coutume ou la loi. Voilà le douaire qui n'est dû qu'en cas de prédécès du mari. Mais lorsque les parties ont stipulé un douaire différent de celui établi par la Coutume de Paris ou l'ont modifié de telle manière, ce n'est plus la Coutume de Paris qui régit de pareilles conventions, mais la volonté des parties. Appliquer à ces conventions des parties, les lois applicables au Douaire Coutumier dont les parties n'ont pas voulu, c'est faire ce que défend Merlin. " Etendre à un cas des lois et stipulations faites pour un autre."

1439. Si la femme est vivante lors de l'ouverture du douaire, elle entre de suite en jouissance de son usufruit; ce n'est qu'à son décès que les enfants peuvent prendre possession de la propriété.

Si la femme prédécède, les enfants jouissent du douaire en propriété dès l'instant de son ouverture.

Au cas du prédécès de la femme, si, au décès du mari, il n'y a aucuns en-

1439. If the wife be alive at the time of the opening of the dower, she enters immediately upon the enjoyment of her usufruct; the children cannot take possession of the property until after her death.

If the wife die first, the children enjoy the dower as owners from the moment of its opening.

Where the wife dies first, if at the death of the husband no children or

fants ou petits-enfants vivants, nés du mariage, le douaire est éteint et reste dans la succession du mari.	grandchildren issue of the marriage be living, the dower is extinguished and the property remains in the succession of the husband.

Voy. *Cout. de Paris*, arts. 255 et 263, cités sur arts. 1427 et 1428; *Laurière*, cité sur art. 1428; *Argou*, cité sur art. 1427 et autorités sur art. 1438.

* 2 *Laurière, sur art.* 263, *Cout. de Paris.* } *Le Douaire soit en espece.*] Tournet prétend que le Douaire en *espece*, est un Douaire qui doit être payé en *bled* ou *vin;* mais il se trompe, car ce Douaire seroit en *rente*, parce que des *rentes* peuvent être en *bled* et en *vin*, comme en argent. Le Douaire est donc en *espece*, quand il consiste en la jouissance d'un immeuble fixe et certain, comme une terre ou une maison, *est dos præfixa in specie*, dit du Molin, *et non in genere usus fructus quotæ bonorum*, sur l'article 79 de l'ancienne Coutume, n. 3.

S'il n'y a enfans nés et procréés du mariage,] qui aient renoncé à la succession de leur pere, auquel cas le Douaire leur passe après le décès de leur mere. *Voyez l'article* 255.

Doit tel Douaire après le trepas de la femme, revenir aux heritiers du mari, s'il n'y a contrat au contraire.] Et par conséquent si les enfans sont héritiers de leur pere, et non douairiers, la mere pourra disposer, à leur préjudice, du Douaire stipulé sans retour.

* *Pocquet de Liv., Règles, Tit.* 7, *ch.* 2, *n°* 8, *p.* 179. } A Paris, le Douaire est propre aux enfans. En Anjou et au Maine, il n'est que viager pour la veuve.

Paris, art. 249.

Anjou, art. 299. *Maine, art.* 313.

* 2 *Argou*, *Liv.* 3, *ch.* 10, } Le décret, soit volontaire ou
p. 146-7. } forcé, lorsqu'il est fait durant la vie du pere, ne purge point le douaire non plus que la substitution, parce que les enfans ne sont pas en état de s'y opposer; toutefois si le décret avoit été poursuivi par un créancier antérieur au douaire, ou quand même il auroit été poursuivi à la requête d'un créancier postérieur, s'il y avoit eu des créanciers antérieurs opposans, le décret seroit valable, et purgeroit le douaire, parce que les créanciers antérieurs au douaire ont droit de faire vendre les biens de leur débiteur, au préjudice du douaire, qui n'étant que postérieur à eux, ne leur peut pas nuire; mais si le prix des héritages vendus est plus que suffisant pour payer les créances qui sont avant le douaire, les enfans, après la mort de leur pere, peuvent obliger les créanciers postérieurs au douaire de rapporter ce qu'ils ont reçu; il est même de la prudence de l'adjudicataire de faire ordonner que les créanciers postérieurs seront tenus de donner caution de rapporter, en cas que le douaire ait lieu, parce qu'il y en a qui tiennent que s'ils étoient insolvables, l'adjudicataire seroit tenu lui-même de rapporter en leur place.

---

* *Loysel* (*Laurière*, *Dupin*), *Inst. Cout.*, } 141. Jamais mari ne
Douaires, *Règle* 6, *p.* 174. } paya douaire.

Parce qu'il n'est donné que pour avoir lieu après la mort naturelle du mari. V. l'article 255 de la coutume de Paris, et les commentateurs; Coquille, quest. 150, 151; de Renusson, dans son *Traité du douaire*, chap. 5, n° 40; la note sur la règle qui suit; Cujacium, V. observat. 4; Pithou sur Troyes, art. 86; *Arrêtés de Lamoignon*, tit. *du Douaire*, art. 51.

Il y a des coutumes qui ont des dispositions différentes. Melun, art. 236: " Le douaire, soit coutumier ou préfix, ne " peut être demandé jusques après la mort du mari, natu- " relle ou civile." V. l'art. 331 de celle du Maine; Basnage sur l'art. 368 de celle de Normandie, t. II, p. 15, col. 1re de l'édition de 1694.

[ARTICLE 1440.]

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 24, *arts.* 32, 33. } 32. Si la douairiere est troublée en la jouissance du fonds qui lui a été baillé par assiette, ou assigné pour son douaire, elle pourra se pourvoir sur les autres biens du mari pour la garantir du trouble et pour la récompenser en cas d'éviction.

33. La veuve jouira de son douaire par usufruit durant sa vie, supposé même qu'elle ait passé à d'autres noces.

---

* 12 *Pand. frs., n°* 426, *p.* 174. } 426. Lorsqu'un homme, en se mariant, constitue un douaire à sa femme, et qu'il est dit que la propriété appartiendra aux enfans, c'est à ceux issus de ce mariage qui se trouvent exister lors de l'ouverture de ce Droit, que le douaire est dû. Ceux que cet homme aurait eus d'un autre mariage, ou ceux que la femme aurait d'une union précédente, ne peuvent y prétendre aucune part. Il est clair que les enfans nés des époux avant leur mariage, mais qui sont légitimés par son effet, sont compris dans la convention. Il en est de même du posthume dont la femme était enceinte lors de la mort de son mari. Les petits-enfans issus des enfans du mariage, représentent la souche dont ils descendent. Ils prennent de son chef la part de leur aïeul dans le douaire, quand même ils en auraient un aussi dans les biens de leur père, car ce sont deux droits différens.

Il n'y a que les enfans habiles à succéder qui aient droit au douaire. Ceux qui, au temps de la mort de leur père, ont perdu la vie ou les droits civils, ne peuvent y prétendre.

1440. Le douaire préfix se prend sur les biens du mari seul.	1440. Conventional dower is taken from the private property of the husband.

---

* *Cout. de Paris, arts.* 257, 260. } 257. La femme doüée de Doüaire prefix d'une somme de deniers pour une fois, ou d'une rente, si durant le mariage est fait don mutuel, joüit après le trepas de son mari, par usufruit, de la part des meubles, et conquêts de sondit mari. Et sur le surplus des biens dudit mari, prend sondit Doüaire, sans aucune diminution, ni confusion.

260. Doüaire préfix soit en rente ou deniers, se prend sur la part du mari, sans aucune confusion de la Communauté, et hors part.

---

* 2 *Laurière, sur art.* 257, *Cout. de Paris.* } Quand le mari décédé a délaissé des propres, des conquêts et des meubles, le Douaire préfix d'une rente ou d'une somme de deniers, pour une fois payer, se prend d'abord sur la part du mari, dans les biens de la communauté, selon l'article 260 ; et si ces biens ne sont pas suffisans, le Douaire se prend sur ses propres. Tout cela est vrai quand il n'y a point de don mutuel, mais quand il y en a un, le Douaire se prend d'abord sur les propres, et non sur la moitié du mari dans les biens communs ; la raison est que, dans le don mutuel, il doit y avoir de l'égalité, laquelle ne se trouveroit plus si le Douaire se prenoit d'abord sur la part du mari dans la communauté ; et de-là vient que cet article décide que la femme, qui jouit à cause de son don mutuel de la part des meubles et conquets de son mari, prend son Douaire sur le surplus des biens dudit mari.

Sans aucune diminution ni confusion.] Ainsi les Réformateurs ont ici rejetté avec raison la disposition de la Coutume de Touraine dans l'article 337, et de quelques autres semblables, qui réputent le *Douaire* et le *Don* incompatibles, parce qu'ils sont deux causes lucratives ; car dans les principes, deux donations peuvent concourir sur les mêmes biens, quand elles y peuvent être prises ; et d'ailleurs le Douaire, qui est constitué à la femme pour élever ses enfans et pour

leur servir de légitime, ne peut point aujourd'hui être regardé comme une cause pure, lucrative. *Voyez* ce qu'on a remarqué sur ce Titre et sur l'article 248, et § 6, *Instit. de legatis.*

Que l'on suppose à présent que des personnes se soient mariées sans biens, et qu'ils aient stipulé par leur contrat de mariage qu'ils ne seroient tenus l'un l'autre des dettes qu'ils auroient contractées auparavant. Ils acquièrent des biens pendant leur communauté ; ils se sont ensuite fait un don mutuel, et se trouvent avoir l'un et l'autre des dettes créées avant leur mariage. L'on demande de combien sera le don ? Et comme dans le don mutuel il doit y avoir une égalité parfaite, il faut dire qu'il sera de ce qui restera à celui qui avoit le plus de dettes à payer. Ainsi si la communauté se trouve de 6000 livres, et que le mari en doive 15000 et la femme 7000, le don mutuel ne sera que de 15000 liv. puisqu'il ne reste au mari que 15000 liv. ses dettes payées.

Si le mari a stipulé que la femme n'aura qu'un quart plus ou moins dans la communauté, le don mutuel ne sera aussi que du quart plus ou moins, parce qu'autrement le don ne seroit pas égal.

Si la femme a un Douaire à prendre sur la part du mari, le don mutuel ne sera, par la même raison, que de ce qui restera de biens au mari, le Douaire prélevé. Et c'est outrer les choses et s'égarer des principes que de dire que dans ce cas la femme aura son don mutuel entier ; et que la nue propriété des biens du mari sera vendue, afin que sur le prix elle soit payée de son Douaire.

---

* 2 *Argou*, p. 140-1. } Le douaire préfix soit en rente ou deniers, se prend sur les biens du mari seul, et non pas sur les effets de la communauté ; autrement il s'ensuivroit que quand la femme accepteroit la communauté, la moitié du douaire seroit confondue en sa personne. D'ailleurs, le douaire préfix tient lieu du douaire coutumier, qui n'est

jamais assigné par les coutumes sur les biens de la communauté, mais sur les propres biens du mari.

La coutume de Paris porte que si durant le mariage les conjoints se font un don mutuel, la femme survivante douée de douaire préfix, jouira par usufruit, en vertu de son don mutuel, de la part du mari dans les effets de la communauté, et prendra son douaire sur le surplus des biens de son mari, sans aucune diminution ni confusion ; de sorte que si le mari n'a pas laissé de biens qui ne soient entrés dans la communauté, la femme jouira de l'usufruit en vertu de son don mutuel, et pourra faire vendre la propriété de ces mêmes biens pour être payée de son douaire ; et si elle ne le fait pas de son vivant, ses héritiers, en rendant compte du don mutuel, pourront mettre dans la dépense du compte tous les arrérages échus du douaire.

Quoique cette disposition de la coutume de Paris paroisse d'abord assez dure contre les héritiers du mari, sur-tout lorsqu'il n'y a pas des propres suffisans pour payer les arrérages du douaire ; néanmoins elle est dans les regles les plus exactes du droit, et même on peut dire qu'elle est très-équitable. La raison est que le don mutuel doit être égal entre le mari et la femme ; et il ne le seroit pas, si la femme confondoit son douaire avec son don mutuel ; car en jouissant du don mutuel, elle perdroit son douaire, et le profit du don mutuel en seroit d'autant diminué ; au lieu que si le mari avoit survécu, il auroit joui du don mutuel tout entier, et sans aucune diminution.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit.* 34, *art.* 35. } Le douaire et l'augment de dot se prennent sur les biens du mari sans la diminution du droit de communauté, si aucun appartient à la femme, ni du don mutuel fait entre les conjoints durant le mariage, et des autres donations faites par le mari à sa femme.

---

5 *Revue Légale, Kirby vs Ross et al,* *C. S. Montréal* 1873, *p.* 453 *et s.* } JUGÉ :—Qu'un légataire universel ne peut réclamer du légataire particulier un douaire attaché sur l'immeuble qui fait l'objet du legs particulier.

This action is brought by the widow of the late John Ross against her three daughters and their husbands, and also against one George James, the curator to a substitution created by John Ross's will. Jane Ross and Louise Alice Ross, with their respective husbands, are the only defendants who have pleaded. I shall avoid repeating now all the averments in detail of the declaration. I prefer to state in a more general way the pretensions of the parties, as the record contains an immense mass of things not essential to a clear understanding of the real points to be decided. The plaintiff claims to be *douairière* of certain property bequeathed to the defendants by the late John Ross, her husband. I shall not now revert to facts anterior to the inheritance of the property by the late John Ross. On the 24th June, 1861, John Ross, by his will, bequeathed the property in question to the present defendants, and to another daughter (Catherine Hannah Ross), with substitution in favour of her children, and of the children of yet another daughter (Julia Caroline Ross). In August, 1863, John Ross died, and the defendants and Catherine Hannah Ross entered into possession— the latter dying in 1865. A portion of this property had come to the defendants by succession, and as legatees of the late Philip Ross, and the only portion which they took under John Ross' will was five-eighths, instead of three-fourths, as stated in the declaration. This is quite clear as matter of fact, and, indeed, seemed to be admitted at the argument; but is really of little moment as affecting the defendants' liability in itself; and can only affect the extent to which that liability, if any, is to reach. The questions that arise are of common interest to all the defendants, though only two of them have pleaded. I do not notice, either, the particular pretension set up by Louisa Alice Ross, in her first plea, to the effect that

the children of Catherine Hannah Ross, and of Julia C. Ross have not been joined in the suit through their tutors, because the plaintiff answers this by waiving all claims against them, and by asking to be allowed to call them in if necessary, which, perhaps, might be done under the circumstances, if the necessity should arise. As regards the merits of the case, the pretensions of both the defendants, who have pleaded, are the same; and the whole case, substantially, depends upon the point: whether the plaintiff, being universal legatee of her husband, under his will of the 21st February, 1860, and having accepted, she is not thereby debarred from bringing the present action. The plaintiff contends that this constitutes no bar to her pretensions. That the will of the 21st February, 1860, relied on by the defendants is annulled *in toto* by the will set up in her declaration, dated 24th June, 1861. The second will was made in Lower Canada, and only disposed of property situated there, the testator expressly reserving the power to dispose of the rest of his estate in U. C. according to the forms in use there. He never did so, however, subsequently; the only other will he left being that which is invoked by the defendants, by which he makes the plaintiff his universal legatee—the mass of his property being in U. C. The plaintiff has proved and registered this will. She has taken possession under it of all estates as proprietor; and as the testator never after making the will of 1861 exercised the power he then mentioned, of disposing of the U. C. property and estate according to U. C. forms, the will of 1860, which he would not alter or revoke, has the same effect as if he had made it at the hour of his death. Nothing can be clearer than the expression of the testator's intentions in this respect. He distinctly declares in so many words that it is his will and intention to dispose of his property and estates in Upper Canada by will, according to the forms of law there required, and that nothing contained in the one will is to affect the other; but that they are to be considered as separate and distinct for the purposes of each

of them separately, one not derogating from the other. The special legacy to the children under the latest will, confirming as it does, in my opinion, the separate one then already made in favor of his wife, does not make them liable for a debt due to the universal legatee, who, under the law, is to all intents and purposes the heir, and, as such, bound to deliver the property in question to the defendants free from all incumbrances, whether or dower or otherwise, and is therefore in reality the garant of her own pretended claim. Action dismissed with costs.

Voy. *Prevost de la Jannès*, cité sur art. 1426 et 25 *Vict.*, *ch.* 11 cité sur art. 1446.

1441. La femme et les enfants sont saisis de leur droit respectif dans le douaire à compter de son ouverture, sans qu'il soit besoin d'en faire demande en justice ; cependant cette demande est nécessaire contre les tiers acquéreurs pour faire courir à leur égard les fruits des immeubles et les intérêts des capitaux qu'ils ont acquis de bonne foi, sujets ou affectés au douaire.

1441. The wife and the children are seized of their respective rights in the dower from the time it opens, without the necessity of a judicial demand ; such a demand is however necessary against subsequent purchasers, in order to give rise, as regards them, to the fruits of the immoveables and the interest of the capital sums, which they have acquired in good faith, and which are subject to or charged with dower.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1457 ; *Argou*, cité sur art. 1427 ; *Pocquet de Liv.*, cité sur art. 1438.

[ARTICLE 1441.]

* *Cout. de Paris, art.* 256. } Douaire, soit coûtumier ou prefix saisit, sans qu'il soit besoin de le demander en Jugement; et courent les fruits et arrerages du jour du decez du mari.

---

* 2 *Laurière, sur art.* 256, *Cout. de Paris.* } Des Mares, décision 216 ; l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 33, p. 222, lig. 1 ; *Guido Papæ, Q.* 524.

Douaire coutumier ou préfix saisit, etc.] Avant cet article, le Douaire préfix ne saisissoit pas, et n'avoit point de lieu jusqu'à ce qu'il eût été demandé en Jugement. *Voyez* l'article 141 de l'ancienne Coutume. Et de ce que l'un et l'autre Douaire saisissent ; il s'ensuit que pour l'un et l'autre on peut intenter la complainte en cas de saisine et de nouvelleté. *Voyez* ce qu'on a remarqué sur l'article 96.

Et courent les fruits et arrérages du jour du décès du mari.] Cela est vrai contre les héritiers du mari, mais non contre le tiers acquéreur de bonne foi, qui gagne les fruits en délaissant l'héritage chargé du Douaire avant contestation en cause, suivant l'article 103.

Il faut encore remarquer que les *fruits* et les *arrérages* ne courent du jour du décès du mari, qu'au cas que le Douaire en produise ; car s'il est, par exemple, d'une somme de deniers pour une fois payer, qui ne produit aucuns fruits civils, les intérêts n'en sont dus que du jour de la demande. *Voyez* M. le Prêtre, cent. 3, ch. 73.

---

* *Loysel* (*Laurière, Dupin*), *Inst. Cout., Douaires, Règle* 10e, *p.* 177. } 145. Douaire coutumier saisit.

Des Mares, *Décision* 216 ; l'auteur du *Grand Coutumier*, liv. II, chap. 33, p. 222 ; la coutume de Paris, art. 256, et la conférence ; Coke, *on Littleton*, sect. 36.

Ainsi les fruits et les arrérages du douaire coutumier sont dus du jour du décès du père ou du mari. Et la mère et les enfants peuvent intenter complainte. V. ci-après, liv. V, tit. IV

---

* *Lamoignon, Douaire,* *Tit.* 34, *art.* 9. } Les fruits, arrérages et intérêts du douaire et de l'augment de dot courent du jour du décès du mari, sans qu'il soit besoin de les demander en justice.

---

* 6 *Pothier,* (*Bugnet*), *Douaire, n*os 189, 332. } 189. Lorsque la demande est donnée contre un tiers détenteur d'un héritage sujet au douaire, que le mari a aliéné pendant le mariage; quand même l'héritage serait sous une coutume qui saisit de plein droit la femme de son douaire, la femme ne pourra pas conclure contre ce détenteur, possesseur de bonne foi, à la restitution des fruits, si ce n'est de ceux ou nés ou perçus depuis l'exploit de demande : car, comme nous l'avons vu en l'article précédent, les coutumes ne saisissent la femme de plein droit de son douaire, que sur les héritages qui se trouvent dans la succession du mari ; mais comme le mari n'a pu préjudicier à la femme, en aliénant les héritages sujets au douaire, dont elle aurait partagé les fruits du jour de l'ouverture du douaire, si le mari n'avait pas aliéné lesdits héritages, elle en doit être indemnisée par l'héritier du mari.

332. L'art. 256 de la coutume de Paris, qui a été déjà rapporté ci-dessus, no 159, dit: " Douaire, soit coutumier ou " préfix, saisit, sans qu'il soit besoin de le demander en juge- " ment." La coutume ne fait à cet égard aucune distinction entre la femme et les enfants ; par conséquent, dans la coutume de Paris et dans les autres coutumes semblables, de même que la femme est censée saisie de plein droit, dès l'instant de la mort de son mari, de la jouissance des choses qui forment et composent le douaire, pareillement les enfants sont censés saisis dès lors de la propriété desdites choses.

Par exemple, lorsque le douaire est le douaire coutumier, les enfants sont censés saisis et devenus propriétaires et possesseurs, dès l'instant de la mort de leur père, de la portion indivise qui leur appartient pour leur douaire, dans les héritages sujets à ce douaire, sans qu'ils aient besoin d'en demander aucune délivrance ; et si leur mère, qui en doit avoir

la jouissance lorsqu'elle survit à son mari, était prédécédée, tous les fruits nés et perçus depuis le décès de leur père, appartiendraient auxdits enfants douairiers, pour la portion qu'ils ont dans lesdits héritages.

Pareillement, lorsque le douaire est le douaire préfix d'un certain héritage dont on a donné la jouissance à la femme pour son douaire par le contrat de mariage, les enfants douairiers sont censés pareillement avoir été saisis de plein droit, et devenus propriétaires et possesseurs de cet héritage, dès l'instant de la mort de leur père.

Il suit de là que, lorsqu'un enfant se met, après la mort de son père, en possession d'un héritage sujet à son douaire, sans déclarer si c'est en qualité d'héritier ou en celle de douairier qu'il s'en met en possession, il ne fait point acte d'héritier ; car l'art. 317 de la coutume de Paris, qui dit que celui qui appréhende les biens d'un défunt fait acte d'héritier, ajoute, *sans avoir autre qualité ou droit de prendre lesdits biens ;* or, l'enfant, qui avait le choix de la qualité d'héritier ou de celle de douairier, lorsqu'il s'est mis en possession des héritages sujets à son douaire, avait une autre qualité que celle d'héritier, qui lui donnait le droit de s'en mettre en possession, savoir, celle de douairier : on ne peut donc pas dire qu'il ait fait acte d'héritier en s'en mettant en possession.

Observez, comme nous l'avons déjà dit en la première partie, par rapport au douaire de la femme, que les enfants, ne peuvent être ainsi saisis de plein droit que des héritages sujets à leur douaire, que leur père a laissés à son décès. A l'égard de ceux qu'il a aliénés de son vivant, ils ne peuvent pas en être saisis dès l'instant de la mort de leur père, qui n'a pas pu leur transmettre à sa mort une possession qu'il n'avait plus lui-même ; ils ne peuvent en devenir possesseurs que par le délaissement qui leur en sera fait par le détenteur, sur la demande qu'ils intenteront contre lui.

1442. Le douaire coutumier, ainsi que le préfix qui consiste en immeubles, est un droit réel, qui se règle d'après les lois du lieu où sont situés les immeubles qui y sont sujets.

1442. Customary dower, and conventional dower when it consists of immoveables, is a real right, and is governed by the law of the place where the immoveables subject to it are situated.

---

* *Cout. de Paris, art.* 249. } Le Doüaire coûtumier de la femme, est le propre heritage des enfans venans dudit mariage, en telle maniere que les pere et mere desdits enfans, dès l'instant de leur mariage, ne le peuvent vendre, engager ne hypothequer au préjudice de leurs enfans.

---

* 2 *Laurière, sur art.* 249, *Cout. de Paris.* } Des Mares, décision 217. L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 33, p. 220, lig. 4 ; les Antiquités de Paris, liv. 4, p. 1125 de l'édition de 1612.

Ne le peuvent vendre, engager ni hypothéquer.] Ainsi s'ils vendent l'héritage chargé du Douaire, l'aliénation est nulle, et les enfans après la mort du pere, peuvent le revendiquer sans que l'acquéreur puisse opposer la prescription de dix et de vingt années, par la raison de droit que *agere non valenti non currit prescriptio.*

Mais si le *premier* acquéreur vend l'héritage à un *second* qui soit en bonne foi, ce second acquéreur pourra-t-il prescrire par dix années entre présens, et vingt années entre absens ? Il semble que oui, puisque outre le temps, cet acquéreur a titre et bonne foi ; et tel est l'avis de *Balbus* dans son Traité *de prescriptionibus, quinta parte* 5 *partis principalis, quæst.* 4 *et* 5 ; et tel a été l'avis de Barthole *ad Legem filius familias,* § *Divi, Digestis de Legatis* 2 ; Paul de Castre, *ad si*

§ *finali communia de legatis ;* Accurse, Auteur de la Glose sur la Loi 2, au Code *de usucapionibus pro emptore ;* Barthole sur la Loi *Ubi*, *Digestis de usucapionibus et Joson in auth. res quæ Codice communia de Legatis*, ont été d'avis que le second acquéreur ne pouvoit pas prescrire. Ce qui est sensible dans l'espece d'un mineur dont les biens ont été mal vendus, et contre lequel le second acquéreur, comme le premier, ne peut pas prescrire. *Vide Guillelmum de Cuneo ad Leg.* 2, *Cod de usucapionibus pro emptore.*

Le mieux est donc de dire, dans le cas proposé, que le second acquéreur, comme le premier, ne peut prescrire le Douaire ; et cette décision doit être étendue à la légitime, au cas que le donataire ait vendu à un tiers les biens qui en sont chargés. *Voyez* Riccard *des Donations*, partie 3, n. 1005 ; et le Brun, *des Successions*, liv. 2, chap. 3, sect. 12, p. 280.

Au préjudice de leurs enfans.] Il s'ensuit de-là que les pere et mere le peuvent vendre, engager et hypothéquer à leur préjudice, et que la vente, l'engagement et l'hypotheque en doivent valoir, quand les enfans majeurs y ont donné leur consentement. S'ils se portent héritiers de leur pere, la vente en est encore bonne, ainsi que l'hypotheque et l'engagement, sauf l'usufruit de la mere, si elle n'a point eu de part à l'engagement ou la vente. *Voyez la note sur l'article* 254.

Voy. *Prévost de la Jannès*, cité sur art. 1434 ; et *Argou*, cité sur art. 1427.

1443. L'aliénation faite par le mari, de l'immeuble sujet ou affecté au douaire, non plus que les charges et hypothèques dont il peut le grever, avec ou sans le consentement de

1443. Neither the alienation by the husband of immoveables subject to or charged with dower, nor the charges or hypothecs which he may have imposed upon them, either

sa femme, n'altèrent aucunement le droit de cette dernière ni celui de ses enfants, à moins qu'il n'y ait renonciation expresse conformément à l'article qui suit.

Sont également sans effet à l'égard de l'une et des autres, sous la même exception, l'aliénation ainsi faite et les charges ainsi imposées même au nom et avec le consentement de la femme, quoique autorisée de son mari.

with or without the consent of his wife, affect in any manner the rights of the latter or of the children, unless she has expressly renounced in conformity with the following article.

Such alienation and charges are equally without effect, as regards both the wife and the children, even when made in the name and with the consent of the wife, although she be authorized by her husband; subject to the same exception.

Voy. *Cout. de Paris*, art. 249, *Laurière*, cités sur art. 1442; *Argou*, cité sur art. 1432, et *C. C. B. C.*, art. 1301.

---

* 2 *Argou*, *Liv.* 3, *ch.* 10, *p.* 145-6. } La propriété du douaire est assurée aux enfans dès le jour du contrat de mariage, s'il y en a un ; et s'il n'y en a point, du jour de la bénédiction nuptiale ; c'est pourquoi les enfans douairiers ne sont point tenus des dettes que le pere a contractées depuis le mariage; et à l'égard des dettes contractées avant le mariage, les enfants n'en sont pas tenus personnellement, parce qu'ils ne prennent pas le douaire comme héritiers du pere, ni à autre titre universel, mais ils en sont tenus hypothécairement, sauf leur recours contre les autres biens du pere.

Nous avons dit que la propriété du douaire est assurée aux enfans du jour du mariage de leur pere et de leur mere; mais ils n'ont cette propriété qu'en espérance seulement, et elle ne

peut leur être acquise incommutablement qu'après le décès du pere ; car pour l'avoir, il faut qu'ils survivent le pere, qu'ils renoncent à sa succession, et qu'ils rapportent les avantages qu'ils leur a faits ; et de-là il résulte deux conséquences très importantes.

Pocquet de Liv., Règles, Tit. 7, ch. 2, n° 21. } L'aliénation faite par le mari de ses propres pendant le mariage, ne diminue point le Douaire ; il se prend tout entier par récompense sur les autres biens existans.

Anjou, art. 306. *Maine, art.* 319.

Commentateurs sur ces articles.

RENUSSON, *Traité du Douaire.*

Arrêtés de Lamoignon, du Douaire, article 31.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, Douaires, Tit.* 34, *n°* 5. } Le douaire et l'augment de dot seront délivrés de quelque nature qu'ils soient, tels qu'ils auront été convenus sans aucuns retranchements ni réduction, sinon pour la légitime des enfants.

1444. Il est cependant loisible à la femme majeure de renoncer au droit qu'elle peut avoir, à titre de douaire coutumier ou préfix, sur les immeubles que son mari vend, aliène ou hypothèque.

Cette renonciation se fait, soit dans l'acte par lequel le mari vend, aliène ou hypothèque l'immeuble, soit par un acte différent et postérieur.

1444. The wife who is of age may however renounce her right of dower, whether customary or conventional, upon such immoveables as her husband sells, alienates or hypothecates.

This renunciation may be made either in the act by which the husband sells, alienates or hypothecates the immoveable, or by a separate and subsequent act.

[ARTICLES 1445, 1446.]

Voy. *Sts. Refondus Bas Canada*, ch. 37, sec. 52, § 1, cités sur art. 1319 et sec. 54 citée sur art. 1446.

1445. Cette renonciation a l'effet de décharger l'immeuble affecté au douaire de toute réclamation que la femme peut y avoir à ce titre, sans que ni elle ni ses héritiers puissent exercer, sur les autres biens du mari, aucun recours d'indemnité ou de récompense, en compensation du droit ainsi abandonné, nonobstant les dispositions du présent titre et toutes autres de ce code relatives aux remplois, indemnités et récompenses que se doivent les époux ou autres parties, aux cas de partage.

1445. Such renunciation has the effect of discharging the immoveable affected by dower from any claim which the wife may have upon it under that title, and neither she nor her heirs can exercise against any other property of the husband any recourse to be indemnified or compensated for the right thus abandoned; notwithstanding the provisions of this title or any other provisions of this code respecting the replacements, indemnities or compensations which consorts or other parties owe to each other in cases of partition.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1303 et *Statuts R. B. C.*, ch. 37, sec. 52, § 2, cités sur art. 1319.

1446. Quant au douaire des enfants, il ne peut s'exercer que sur les immeubles qui, assujettis au douaire de la mère, n'ont

1446. As to the dower of the children, it can be exercised only upon immoveables subject to the dower of their mother

été, pendant le mariage, ni aliénés, ni hypothéqués par leur père, avec la renonciation de la mère faite en la manière énoncée en l'article 1444.

Après la mort de la femme, l'enfant majeur peut renoncer au douaire, dans les cas où sa mère eut pu le faire, et de la même manière et aux mêmes fins.

which have not been alienated or hypothecated by their father during the continuance of the marriage with her renunciation made in the manner prescribed in article 1444.

Children who have attained the age of majority may, after the death of their mother, renounce their dower in all cases in which the latter could have done so herself, and in the same manner and with the same effect.

---

* *Sts. Ref. B. C., ch.* 37, *sec.* 53, 54. } 53. Le douaire, ou le droit au douaire des enfants issus d'un mariage, sera exercé exclusivement sur les immeubles affectés au douaire de leur mère, dont leur père était saisi et en possession lors de son décès, et à l'égard desquelles le douaire de leur mère n'a pas été éteint par elle pendant la durée du mariage. 4 V. c. 30, s. 37.

54. Le mot " douaire," dans les deux sections immédiatement précédentes ou dans toute partie du présent acte, comprend non seulement le douaire légal et coutumier, mais aussi le douaire préfix ou conventionnel; et cette interprétation s'applique à toutes transactions de même qu'à tous actes faits et passés par toute femme mariée, depuis la mise en vigueur de l'ordonnance d'enregistrement, quatre Victoria, chapitre trente. 8 V. c. 27, s. 3.

[ARTICLE 1446.]

* *Statut de Québec*, 25 *Vict.*, *ch.* 11, *sec.* 1 *à* 4, *et sec.* 8. } Considérant qu'il est expédient d'étendre les dispositions des chapitres trente-six et trente-sept des Statuts Refondus pour le Bas Canada, dans le but de pourvoir plus amplement à l'enregistrement de la radiation ou extinction des hypothèques et charges dont sont grevés les immeubles, et par ce moyen de donner plus de sûreté aux titres de ces immeubles ; à ces causes, Sa Majesté, par et de l'avis et du consentement du conseil législatif et de l'assemblée législative du Canada, décrète ce qui suit :

1. Chaque fois qu'une hypothèque enregistrée deviendra éteinte par l'acquittement ou extinction de la dette ou de l'obligation pour le paiement ou l'accomplissement de laquelle l'hypothèque a été créée, — par confusion, renonciation ou remise,—par le décès de la partie pour la vie de laquelle aucune rente ou autre charge a été créée,—par prescription,—par jugement ou procédure par laquelle tel privilège ou hypothèque est purgé,—ou par tous autres moyens quelconques, le débiteur ou la partie originairement assujétie à telle hypothèque, ou tout propriétaire ou toute personne en possession à titre de propriétaire de la propriété hypothéquée, ou tout créancier ou toute personne ayant une hypothèque subséquente sur telle propriété,—aura droit de demander et obtenir de la partie en faveur de laquelle l'hypothèque a été créée, ses hoirs, ayants-cause ou représentants légitimes, un certificat de décharge ou extinction de telle hypothèque, par acte notarié ou sous seing privé, d'après la formule prescrite par le dit acte en autant que les circonstances le permettront ; —et si tel certificat de décharge ou extinction n'est pas exécuté et délivré à la partie qui y a droit, dans un délai raisonnable, après que demande en aura été faite comme susdit, la partie y ayant droit.pourra maintenir une action pour tel certificat de décharge ou extinction contre la partie qui aurait dû l'exécuter et délivrer, et le jugement contre la partie en dernier lieu mentionnée déclarera l'hypothèque déchargée ou éteinte et pourra être enregistré comme un certificat

de décharge ou extinction de telle hypothèque; et si le défendeur en telle action est absent, il pourra être assigné comme un absent en la manière prescrite par la loi.

2. Chaque shérif fera enregistrer chaque acte de vente par lui consenti de toute propriété vendue et adjugée sous exécution, au bureau d'enregistrement du (ou de chaque) comté ou division d'enregistrement dans laquelle telle propriété (ou aucune partie de la propriété) est située, aussitôt que faire se pourra après la confection de tel acte, et avant qu'il le délivre ou qu'il en délivre un double ou une copie à l'acquéreur, ou à toute partie ou personne quelconque ; et chaque protonotaire fera enregistrer tout jugement de ratification de titre, rendu, ou toute adjudication judiciaire de propriété par licitation forcée, faite, à l'endroit où il est ainsi protonotaire, au bureau d'enregistrement du (ou de chaque) comté ou division d'enregistrement dans lequel telle propriété (ou aucune partie de la propriété) est située, aussitôt que faire se pourra après jugement prononcé ou adjudication faite par licitation forcée et avant de délivrer copie ou certificat de tel jugement ou adjudication judiciaire par licitation forcée à toute partie ou personne quelconque ; et l'enregistrement de telle vente par shérif (*décret*), jugement de ratification, ou adjudication judiciaire par licitation forcée, sera réputé l'enregistrement d'une décharge ou extinction de toutes les hypothèques, y compris toute hypothèque enregistrée pour assurer le douaire préfix, sur telles propriétés qui sont purgées par telle vente par shérif (*décret*), jugement de ratification ou adjudication judiciaire par licitation forcée, et telle décharge ou extinction sera entrée en conséquence par le régistrateur à la marge du registre, en regard de l'entrée de chaque hypothèque ainsi acquittée ou éteinte ; mais les charges ou droits hypothécaires réservés par telle vente par shérif (*décret*), ratification de titre ou adjudication par licitation forcée, continueront d'exister jusqu'à décharge ou extinction conformément à la loi ; et le shérif ou protonotaire aura droit de réclamer les frais de l'enregistrement qui sera

effectué par lui sous l'autorité de la présente section, de la partie en faveur de laquelle telle vente par shérif (*décret*), ratification de titre, ou adjudication par licitation forcée est faite, comme partie des frais payables à lui ; et jusqu'à ce que tels frais d'enregistrement aient été payés, le shérif ou protonotaire ne sera pas tenu de délivrer à la partie intéressée le double ou copie de telle vente par shérif (*décret*), ratification de titre ou adjudication judiciaire par licitation forcée, duquel un double ou une copie sera délivrée au régistrateur et restera par devers lui.

3. Chaque acte de vente consenti par un shérif, ou chaque acte de vente consenti par un juge ou commissaire en banqueroute, jugement de ratification de titre, rendu, ou adjudication judiciaire par licitation forcée, faite avant la mise en vigueur du présent acte, pourra être enregistré au bureau d'enregistrement du (ou de chaque) comté ou division d'enregistrement dans lequel la propriété à laquelle il se rapporte (ou partie de telle propriété) est située, à la demande de toute personne que ce soit, et desquels un double ou une copie authentique sera en tel cas délivré au régistrateur et restera par devers lui ; et tel enregistrement sera réputé un enregistrement de la décharge ou extinction de toutes les hypothèques, y compris toute hypothèque enregistrée pour assurer le douaire préfix, sur telle propriété qui sont purgées par telle vente par shérif (*décret*), vente en banqueroute, jugement de ratification ou adjudication judiciaire par licitation forcée, et telle décharge ou extinction sera en conséquence entrée par le régistrateur à la marge du registre, en regard de l'entrée de chaque hypothèque ainsi déchargée ou éteinte, avec l'exception toutefois des charges ou droits hypothécaires qui sont réservés ou garantis par telle vente par shérif (*décret*), vente en banqueroute, ratification de titre ou adjudication judiciaire par licitation forcée, lesquels charges ou droits hypothécaires ainsi réservés continueront d'exister jusqu'à décharge ou extinction conformément à la loi.

8. Et attendu qu'il est expédient de corriger une faute

d'impression qui s'est glissée dans la cinquante-troisième section du dit chapitre trente-sept des statuts refondus pour le Bas Canada, la dite cinquante-troisième section est corrigée de manière à se lire comme suit, et sera interprétée et mise à effet comme si telle correction eût été faite avant la passation du dit acte.

"Le douaire ou le droit au douaire des enfants issus d'un mariage sera exercé exclusivement sur les immeubles affectés au douaire de leur mère, dont leur père était saisi et en possession lors de son décès, et aussi sur ceux à l'égard desquels le douaire de leur mère n'a pas été éteint par elle pendant la durée du mariage."

1447. Le décret, le jugement en ratification de titre, et l'adjudication sur licitation forcée, qui ont lieu avant l'ouverture du douaire coutumier, soit que ce douaire résulte de la loi seule, ou qu'il ait été stipulé, n'affectent pas les immeubles qui le constituent.

Néanmoins si le décret a été poursuivi par un créancier dont le droit est antérieur et préférable au douaire, ou si un tel créancier est colloqué sur ces procédures, l'aliénation ou la ratification est valide et l'immeuble est libéré. Les créanciers postérieurs en

1447. Sales under execution, judgments in confirmation of title, and adjudications in forced licitations, when they take place before the opening of the customary dower, whether such dower results from the law alone, or has been stipulated, do not affect immoveables subject to dower.

Nevertheless if the sale under execution take place at the suit of a creditor whose claim is anterior and preferable to the dower, or if such creditor be collocated upon any of the said proceedings, the alienation or the confirmation is valid and the im-

droit qui en ce cas reçoivent le surplus du prix sont tenus de rapporter si douaire a lieu, et ne peuvent toucher les deniers qu'en donnant caution si le douaire est apparent.

Lorsque suivant le premier cas du présent article le douaire n'est pas purgé par la vente ou le jugement de ratification, l'adjudicataire ou l'obtenteur du jugement qui est évincé à cause du douaire peut également faire rapporter les créanciers qui ont reçu le prix, et si le douaire apparaît sur les procédures, les créanciers ne sont colloqués qu'en donnant caution de rapporter ce qu'ils ont reçu du douaire. Si les créanciers ne veulent pas donner caution, l'adjudicataire garde ou reprend le montant qui y était sujet en donnant lui-même caution de rapporter.

moveable is discharged. The creditors whose claims rank subsequently, who in such case receive the surplus of the price, are bound to bring it back if the dower accrues, and cannot receive the moneys without giving security if the dower be apparent upon the proceedings.

When, as in the first case mentioned in this article, the dower is not extinguished by the sale or the judgment of confirmation, the party to whom the property has been adjudicated or who has obtained the judgment may likewise, when he has been evicted, oblige the creditors who have received the price to bring it back, and if the dower appear upon the proceedings, the creditors are not collocated unless they give security to bring back whatever portion of the dower they may receive. If the creditors refuse to give security the person to whom the property is adjudicated keeps or takes back the amount subject

	to dower, upon giving security himself that he will repay.
Le douaire coutumier ouvert ne tombe pas sous les règles du présent article.	Customary dower when open does not fall under the rules of this article.

Voy. *Statuts* cités sur art. 2116, *Argou*, cité sur art. 1439 et *Statut de Québec*, 25 *Vict. ch.* 11, cité sur art. 1446.

* *Loysel* (*Laurière et Dupin*), *Inst. Cout.*, *Liv.* 1, *Tit.* 3, *Douaires*, *nos* 7 *et* 8. } 7. Toutefois s'il étoit forbanni, ou confisqué, ou ses héritages saisis et vendus de son vivant, on se peut opposer.

* *Assises de Jérusalem*, 1, 620, Olim, I, 579, XII. *

L'article 6 de la coutume du Nivernais, au tit. *des Douaires*, d'où cette règle est tirée en partie, donne en ce cas à la femme la provision de son douaire. Mais par arrêt du 27 janvier 1596, rapporté par Louet, lettre D, nº 36, il fut jugé que la femme ne devait point entrer en jouissance de son douaire, mais avoir seulement une provision, suivant la qualité et les biens de son mari. V. de Renusson dans son *Traité du Douaire*, chap. 5, nos 40, 41 ; l'art. 331 de la coutume du Maine, et la règle suivante. * Pour l'Angleterre, Coke, *on Littleton*, sect. 55.*

8. La douairière s'opposant aux criées de l'héritage, sur lequel elle a douaire, fait qu'on le doit vendre, à la charge d'icelui, sans qu'elle soit tenue en prendre l'estimation.

Voyez * *Cour des Bourgeois*, art. 17 ; * la coutume d'Anjou, art. 319 ; celle du Maine, art. 331, et les commentateurs.

Cette règle n'est point suivie dans la coutume de Paris et dans les semblables.

Ou le douaire de la femme est *coutumier*, ou il est *préfix.*

[ARTICLE 1447.]

S'il est *coutumier*, ou les créanciers du mari sont *antérieurs*, ou ils sont *postérieurs*.

Si les créanciers sont antérieurs au douaire, la femme et ses enfants ne peuvent s'opposer au décret des biens du mari et du père, qu'afin de conserver et être colloqués pour l'estimation qui en sera faite. Voyez Le Maistre, dans son *Traité des Criées*, chap. dernier ; Bacquet, *des Droits de Justice*, chap. 15, nº 75 ; et Brodeau sur Louet, lettre F, nº 24.

S'il n'y a point d'enfants, le douaire, qui n'est alors que viager, s'estime, et la douairière est colloquée, pour cette estimation, suivant son hypothèque. Voyez Brodeau sur Louet, lettre R, nº 24 ; et Loyseau, *du Déguerpissement*, chap. 9, nº 13.

Si les créanciers sont postérieurs, la femme et les enfants doivent s'opposer, afin de distraire ; et quoiqu'il n'y ait point d'enfants, la femme peut demander que les biens soient vendus à la charge de son douaire, pour en jouir à part et à divis. V. de Renusson, dans son *Traité du Douaire*, chap. 10, nº 13 et ss.

Ou le *douaire est préfix*, et constitué en rente, qui est toujours de sa nature rachetable, et dans ce cas, le rachat du douaire doit être pris sur le prix du décret, quand même il y aurait eu assignat ; parce que l'assignat spécial n'est plus qu'une hypothèque spéciale. V. Loyseau, *du Déguerpissement*, liv. III, chap. 9, nº 13 ; Bacquet, *des Droits de Justice*, chap. 15, nº 75 ; Louet, lettre F, nº 24 ; Brodeau en cet endroit, et de Renusson dans son *Traité du Douaire*, chap. 10, nº 11 et ss.

Par arrêt de la Cour, du 24 mai 1614, il fut jugé que le douaire constitué en rente était non rachetable ; ce qui a donné lieu à l'auteur, décédé en 1617, de faire cette règle ; mais, par arrêt du 26 avril 1597, le contraire avait été jugé, et l'on suit à présent ce premier arrêt. V. la note sur la règle qui suit.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 34, *nº* 20 *et s.* } 20. Et si les héritages donnés au mari par son contrat de mariage ont été saisis réellement de son vivant, la saisie réelle n'empê-

chera point la délivrance de la rente, pourvu que les créanciers saisissants et opposants n'aient point de privilege sur les mêmes héritages.

21. Le décret fait après le décès du mari purge le douaire et l'augment de dot à l'égard de la veuve et des enfans, encore que la veuve soit tutrice de ses enfans, et qu'elle soit obligée en son nom aux dettes qui ont donné cause à la saisie.

22. Mais si du vivant du mari, l'immeuble qui avoit été baillé en douaire ou pour l'augment de dot, est décrété à la requête ou sur l'opposition des créanciers postérieurs en hypotheque à celle du douaire, la veuve et les enfants douairiers pourront vendiquer l'immeuble nonobstant le décret, et qu'il n'y ait eu de leur part aucune opposition.

23. Et si le saisissant ou aucun des opposants a une hypotheque plus ancienne et préférable à celle du douaire et de l'augment de dot, le décret sera valable ; et néanmoins il sera en la liberté de la veuve et des enfants d'évincer l'adjudicataire, en payant toutes les dettes antérieures au contrat de mariage, sauf à la veuve et aux enfants à se faire rembourser sur les autres biens des sommes qui auront été par eux payées.

---

* *Renusson, Douaire, ch.* 10, *n°* 1 *et s.* } Lorsque les biens du mari se decretent de son vivant, si les creanciers saisissans et opposans sont tous posterieurs au douaire, le decret qui intervient du vivant du mari ne peut nuire et prejudicier au douaire de la femme et des enfans ; et le decret intervenu du vivant du mari, n'empêche pas qu'aprés le decés du mari la veuve et les enfans qui se declarent douairiers, n'aïent droit d'agir contre l'adjudicataire et de le faire assigner pour être condamné leur delaisser la possession et joüissance des heritages sujets au douaire coustumier, c'est-à-dire à leur delaisser la moitié des heritages que tenoit et possedoit le mari au jour de son mariage et de ceux qui lui sont écheus en ligne directe pendant le mariage ; ou si le douaire est préfix, en deniers ou en rente, ils le peuvent

faire assigner pour voir déclarer les heritages à lui adjugez, affectez et hypothequez à ce qui leur est dû pour leur douaire; et si l'adjudicataire leur oppose son decret ils peuvent en interjetter appel, le decret ne peut pas subsister à leur prejudice.

2. La raison est que le poursuivant criées et l'adjudicataire n'ont pas pû ignorer la condition de celui dont les biens ont été decretez ; ils n'ont pû ignorer qu'il étoit marié, que ses heritages étoient chargez du douaire dès l'instant du mariage, et que le douaire ne commence à être ouvert que du jour du decés du mari, lorsque le mariage est public et non clandestin ; la femme n'est pas obligé du vivant de son mari, d'agir et de s'opposer au decret, touchant le douaire qui n'est pas ouvert, et qui est en suspens du vivant du mari, ni pareillement les enfans; la femme et les enfans n'ont point encore de droit acquis, mais une simple attente qui est incertaine; la femme peut deceder avant son mari, et les enfans avant leur pere : la femme n'a point de douaire du vivant du mari, elle auroit mauvaise grâce de le demander du vivant de son mari et de traverser les creanciers de son mari vivant; comme aussi les enfans ne peuvent pas agir du vivant de leur pere touchant le douaire que la Coustume leur defere, ils ne peuvent pas être douairiers du vivant de leur pere, parce qu'ils ne le peuvent être qu'en cas qu'ils survivent leur pere et qu'ils s'abstiennent de la succession : quoique les heritages du mari soient chargez du douaire dés l'instant du mariage, l'action n'en est ouverte que par le decés du mari; il ne seroit pas juste que le decret qui seroit fait des biens du mari de son vivant, pût nuire et prejudicier au douaire de la femme et des enfans qui n'ont pas droit de le demander. Me Charles du Moulin sur l'article 119. de la Coustume du Grand-Perche qui dit : *Si le mari sans le consentement de sa femme vend son heritage sujet au douaire en tout ou en partie, la femme peut aprés le decés de son mari demander son douaire à l'achepteur ;* a fait cette Notte : *Non obstante quocunque lapsu temporis; et non obstante decreto et subhastationibus in-*

terdum interpositis, dummodo matrimonium sit publicum et non clandestinum.

3. Il y a plusieurs Arrests qui ont jugé que le decret fait des biens du mari de son vivant ne peut pas nuire ni prejudicier à la femme ni aux enfans. Me Jean Bacquet en son Traité des Droits de Justice, chap. 15. nomb. 72. rapporte trois Arrests rendus pour les enfans douairiers, les 11. Mars 1554. 4. Juin et 13 Aoust 1562. et un autre Arrest du 6 May 1562. pour la femme douairiere. Monsieur Loüet lettre D. nomb. 20. rapporte un autre Arrest du 8. Février 1590. prononcé le 10. ensuivant, par lequel on a jugé que l'adjudication par decret faite du vivant du pere, des choses sujettes au douaire, ne pouvoit nuire et prejudicier aux enfans, ausquels le douaire est propre, et qu'ils étoient recevables d'en interjetter appel, si le decret a été rendu par Sentence; ou par Requête civile, si c'est par Arrest : la raison est que pendant la vie du pere les enfans ne peuvent agir ni s'opposer, étant lors incertain si douaire aura lieu, et s'ils seront heritiers de leur pere. Le même Arrest du 8. Février 1590. est rapporté par Me Jean Tronçon sur l'article 247. de la Coustume de Paris. Il est pareillement rapporté par Monsieur le Prestre, premiere Centurie, chap. 39. qui dit que l'Arrest fut rendu entre les nommez Gode et Dulion.

4. Autre chose est si entre les creanciers saisissans et opposans qui ont fait decreter les biens du mari de son vivant, il y en avoit qui fussent anterieurs au douaire ; car il est veritable de dire en ce cas, que les creanciers anterieurs au douaire ont été en droit de faire saisir les biens du mari leur debiteur, et de les faire vendre pour être payez ; et aprés le decés du mari la femme et les enfans ne peuvent en ce cas, à cause du douaire, donner atteinte au decret intervenu du vivant du mari : car quand même la femme et les enfans auroient voulu empêcher la vente et le decret, ils n'y auroient pas été recevables; les créanciers anterieurs au douaire ont été en droit de faire saisir les biens de leur debiteur et de le faire vendre pour être payez. Voïez le Journal du Palais,

partie 6e page 271. où est rapporté un Arrest, touchant cette question.

5. Mais on demande si la femme et les enfans peuvent se pourvoir contre les creanciers du mari posterieurs au douaire, s'il y en a qui aïent touché des deniers provenans du prix de l'adjudication, et d'en demander le rapport, jusques à concurence de ce qui pouvoit appartenir à la femme et aux enfans pour le douaire coustumier. Les creanciers posterieurs au douaire qui ont touché, pourront dire qu'ils ne sont point obligez de rapporter, et qu'ils ont touché ce qui leur étoit dû ; que puisque les creanciers anterieurs au douaire ont eu droit de saisir réellement les biens de leur debiteur et de les faire vendre et adjuger par decret, ce qui est resté du prix de l'adjudication, après les creanciers anterieurs païez, ne doit plus être consideré comme chose sujette au douaire ; c'est une somme de deniers qui appartenoit à leur debiteur ; que les creanciers quoique posterieurs au douaire ont eu droit de la toucher ; autrement la somme des deniers restante auroit été delivrée à la partie saisie qui auroit pû la consumer, et la femme et les enfans n'auroient pas profité.

6. Neanmoins la commune opinion est que la femme et les enfans sont bien fondez en ce cas de demander aux creanciers posterieurs au douaire le rapport de ce qu'ils ont touché ; car comme ils n'auroient pas eu droit de faire vendre les biens du mari sujets au douaire coustumier qui n'étoit pas ouvert du vivant du mari, lorsqu'il n'y a point de creanciers anterieurs au mariage, ils n'ont pas droit aussi d'être païez de leur dû, au prejudice du douaire de la femme et des enfans : le decret fait du vivant du mari ne peut nuire ni préjudicier au douaire de la femme et des enfans, et les creanciers posterieurs au douaire ne doivent pas profiter du prix de l'adjudication à leur prejudice ; ils doivent rapporter ce qu'ils ont touché, d'autant qu'ils ont touché le prix d'un heritage qui estoit sujet au Douaire de la femme et des enfans. De cette epinion est Me Jean Basquet en son Traité des Droits de Justice chap. 15. et 73. mais pour plus grande

seureté et pour prevenir toute contestation, le poursuivant qui poursuit le jugement de l'Instance d'ordre peut faire ordonner que les creanciers posterieurs au Douaire qui viendront en ordre ne toucheront qu'en baillant bonne et suffisante caution de rendre ce qu'ils toucheront, jusques à concurrence du Douaire de la femme et des enfans, en cas que le mari predecede et que Douaire ait lieu ; et le cas arrivant du predecès, les creanciers posterieurs ne seront tenus de rapporter les interests des sommes par eux touchées, que du jour du decès du mari, auquel jour le Douaire de la femme et des enfans commence seulement d'estre ouvert.

---

* *Lacombe, Recueil, v° Décret, p.* 153-4. } 10. Quant au douaire, dans les Coutumes où il est propre aux enfans, soit coutumier ou préfix, il n'est point purgé par le decret avant qu'il soit ouvert, Mol. Perche 109. s'entend du vivant du pere.

Après la mort du mari, il est purgé par le decret, quoique l'action des enfans auxquels il appartient ne soit pas encore née, et que leur mere vive encore, Ar. 22 Fév. 1605. Morn. part. 4. ch. 36. Ar. 26 Nov. 1620. Auz. liv. 2. ch. 29.

Mais lorsque les biens du mari se décretent de son vivant, et que les créanciers saisissans et opposans sont tous postérieurs au douaire, le decret ne nuit point au douaire coutumier de la mere et des enfans, Ren. du douaire, ch. 10. n. 1 et suiv. Il est même nul, parce qu'il est fait *super non Domino*, Dupless. Par. 249. *v.* Louet, D. 20.

S'il y a des créanciers antérieurs, le decret à son effet, Ren. *eod.* n. 4. *v.* Arrêt 1 Septembre 1678. *J. Pal.* mais en ce cas, la femme et les enfans sont bien fondés à demander le rapport aux créanciers postérieurs, avec les intérêts du jour du décès du pere, Ren. *eod.* n. 5 et 6.

---

* *Brodeau et Louet, lettre D, somme* 20, *pp.* 478-79. } Jugé au rapport de Monsieur Bavyn, en la cinquiéme Chambre des Enquêtes, que la vendition par décret, faite du vivant du pere, des choses sujettes au doüaire qui est le propre des enfans, ne leur peut préjudicier, et sont recevables à interjetter appel, si c'est par Sentence, ou se pourvoir par Requête civile, si c'est par Arrêt; d'autant que les enfans ne peuvent agir, ni s'opposer pour ledit doüaire, *quia incertum est*, si le doüaire aura lieu, et s'ils se porteront heritiers de leur pere, et que la prescription contre les enfans ne commençoit que du jour du décès de la mere, d'autant que les enfans, en la Coutume de Paris, n'ont rien au doüaire qu'après le décès de leur mere, et ne le peuvent plutôt demander, le 8 Juin 1590, prononcé le 10 ensuivant: Godon, Bezard, et de Lange.

Le 5 Avril 1583, il fut jugé en la Chambre de l'Edit, au rapport de M. du Drac, et l'Arrêt prononcé en robes rouges, qu'un tiers-détempteur qui a joüi trente ans d'un heritage sujet à doüaire, peut être poursuivi pour le doüaire, et que la prescription ne commençoit à courir que du jour du décès du mari, du vivant duquel la femme n'a pû agir; *et non valenti agere non currit præscriptio.*

Sed quid, si la mere décedée délaissant ses enfans majeurs, *vivente patre*, les enfans peuvent agir pour le doüaire? L'on disoit qu'iis pouvoient agir, l'action étant née par le décès de la mere.

On disoit au-contraire, que, *vivente patre*, ils ne pouvoient agir, ni sçavoir s'ils seront heritiers du pere, ou s'ils renonceront à sa succession; que le doüaire n'est dû que par le décès du pere, lequel vivant ne paye point doüaire, que par le 250 art. de la Coutume de Paris, le doüaire appartient aux enfans qui ne se portent point heritiers du pere; tellement que tant que l'évenement est incertain, s'ils se peuvent porter heritiers ou non, la prescription ne peut courir.

La question demandée aux Chambres, et s'étant trouvé diversité d'opinion pour le fait particulier, auquel il s'agissoit de la prescription d'une action hipotequaire, que les

enfans pouvoient avoir sur un heritage situé en une autre Coutume, en laquelle le doüaire n'est point propre aux enfans, heritage obligé néanmoins audit doüaire, et que le doüaire étant acquis aux enfans du jour du contrat de mariage, lesdits enfans *facti majores*, avoient pû, *etiam vivente patre*, agir, *saltem ad declarationem hypothecæ*, qu'il n'étoit pas necessaire que les enfans attendissent le décès de leur pere, d'autant que pour agir, *ad declarationem hypothecæ*, il suffisoit que les enfans dissent et cottassent leur interêt du doüaire, au cas qu'ils ne se portassent heritiers de leur père ; ce qu'ils pouvoient faire, *etiam pendente incerto eventu*, s'ils se porteroient heritiers du pere, où non.

Jugé conformément à plusieurs Arrêts, que la prescription ne commençoit que du jour du décès du pere, duquel jour l'action du doüaire commence seulement, par Arrêt donné à l'extraordinaire, au rapport de Monsieur Fortia, en la cinquiéme Chambre des Enquêtes, le 28 Août 1600, prononcé le 2 Septembre ensuivant, Antoine Pothier, et les Fontaines, Parties.

C'est une chose fort rude de contraindre un fils, à s'opposer pour la conservation d'un droit prétendu du vivant de son pere : seroit assez dire au pere qu'il ne se veut point porter heritier de lui ; ce qui donneroit sujet au pere de perdre son bien. Que cette conservation du droit de doüaire étant favorable, l'on ne doit envier au fils s'il s'aide de moyens legitimes, *scilicet*, qu'il ne peut agir qu'il n'ait fondé qualité d'heritier du pere ou de doüairier : qu'il ne pouvoit prendre cette qualité du vivant du pere, ne pouvant connoître, *eo vivente, quid sit in bonis* ; et ne pouvant par ce moyen agir, que la prescription ne court point contre lui.

---

* *Bacquet, Droits de Justice, ch.* 15, *n*os 71, 72. } 71. Aussi le douaire Coustumier, ou bien le douaire prefix est tellement favorable, que le droit d'iceluy ne peut estre tollu, osté, ny esteint aux enfans, encore que l'heritage sujet

au douaire ait esté solemnellement decreté du vivant du pere, et que les enfans mineurs ou majeurs ne se soient aucunement opposez, comme à la verité ils ne pouvoient, d'autant que du vivant du pere ils n'ont aucun droit acquis au douaire, leur droit est en suspend, et n'ont qu'une simple esperance de douaire, sous deux conditions, s'ils survivent leur pere, et s'ils renoncent à sa succession.

72. Au moyen de quoi les enfans douairiers, après le decès de leur pere, feront ajourner le détenteur de l'heritage decreté, afin de se desister de moitié d'iceluy comme à eux appartenant à cause de leur douaire Coustumier. Et si le détenteur objice le decret, ils appelleront d'iceluy, ensemble de la saisie, establissement de Commissaire, et de tout ce qui s'en est ensuivi. Allegueront ce que dessus, et que la Coustume qui prohibe la vendition, alienation, engagement, et hypoteque du douaire, est prohibitive et negative ; tellement que ce qui est fait contre la teneur d'icelle est nul. Comme il a esté jugé par plusieurs Arrests, mesme pour Louïs Michel le 14 Juin 1562. Autre Arrest donné en plaidoirie le Jeudy 13. Aoust audit an. Autre Arrest en plaidoirie de l'onziéme Mars 1554. conformément à la disposition de droit *in l.* 1. *C. de bonis mater. l.* 1. *C. de annali except.*

1448. Lorsque le douaire non ouvert est préfix, soit qu'il consiste en un immeuble, ou en une créance hypothécaire, il est sujet à l'effet des lois d'enregistrement, et est purgé par le décret et les autres procédures mentionnées en l'article qui précède, comme dans les

1448. If the dower which is not yet open be the conventional dower, whether it consists in an immoveable or in an hypothecary claim, it is subject to the effect of the registry laws, and is extinguished by the sale under execution and the other proceedings mentioned in the

cas ordinaires, sauf aux intéressés à exercer leurs droits et recours, et sauf les cautionnements qui doivent leur être donnés.

Le douaire préfix ouvert est sujet aux règles ordinaires.

preceding articles as in ordinary cases; saving to the parties interested their rights and recourse and the securities to which they may be entitled.

Conventional dower when open is subject to the ordinary rules.

Voy. *Statuts Refondus*, cités sur art. 1319.

1449. L'acquéreur de l'immeuble sujet ou hypothéqué au douaire ne prescrit ni contre la femme, ni contre les enfants, tant que ce douaire n'est pas ouvert.

La prescription court contre les enfants majeurs, du vivant de la mère, à compter de l'ouverture du douaire.

1449. The purchaser of an immoveable which is subject to or hypothecated for dower, cannot prescribe against either the wife or the children so long as such dower is not open.

Prescription runs against children of full age, during the lifetime of their mother, from the period when the dower opens.

---

* *Cout. de Paris, art.* 117. } *Quand la Prescription contre le Douaire commence à courir.*

En matiere de doüaire, la Prescription commence à courir du jour du décez du mari seulement, entre âgez et non privilegiez.

---

* *Renusson, Douaire, ch.* 15, *n°* 11 *et* 16. } 11. Il ne seroit pas raisonnable que la prescription commençât du jour de l'aliénation faite par le pere, car quelle raison y auroit-il d'obliger la femme qui est en concorde avec son mari, d'agir contre ceux ausquels son mari auroit vendu ses heritages; cette poursuite qui seroit faite par la femme, troubleroit leur union conjugale et pourroit être inutile, parce que la femme peut mourir avant son mari. Pareillement quelle raison y auroit-il d'obliger les enfans d'agir du vivant de leur pere contre ceux ausquels leur pere auroit vendu, et de contredire l'alienation qui seroit faite par leur pere, ce seroit donner occasion aux enfans de faire la guerre à leur pere et de contredire ses volontez, et pour ainsi dire mettre le pere dans la servitude de ses enfans et en une espece d'interdiction; il n'y auroit certainement ni justice ni raison, puisque tant que le pere est vivant il est incertain si la femme et les enfans le survivront et si douaire aura lieu. Me Antoine Loisel en son Recuëil des Regles du Droit Coustumier, livre 3. titre des Prescriptions, Reponse 21. dit, En douaire et autres actions qui ne sont nées, le temps de la prescription ne commence à courir que du jour que l'action est ouverte.

16. La Coustume ayant été reformée en 1680. comme elle ne contenoit aucune disposition formelle touchant la prescription du douaire, et qu'il y avoit toûjours differens sentimens sur cette question; elle fut examinée par les reformateurs, et il fut arresté que la prescription du douaire commenceroit à courir contre les enfans du jour du decés du pere; et pour rendre cette Jurisprudence certaine on ajoûta au titre des prescriptions un article qui est l'article 117. qui porte : *En matiere de douaire la prescription commence à courir du jour du decés du mari, seulement entre agez et non privilegiez.* Cet article est conçû en termes generaux, il ne distingue point si les heritages sujets au douaire ont été vendus par le pere seul, ou par les pere et mere conjointement; ainsi la prescription commence contre les enfans du jour du decés du pere s'ils sont majeurs : cet article ne distingue

point aussi entre le douaire coustumier et le douaire préfix, la prescription de l'un et l'autre commence également du jour du decés du pere. La raison sur laquelle cet article est fondé, est que la propriété du douaire, s'il est coustumier, ou l'hipotheque du douaire préfix en deniers ou en rente est acquise aux enfans du jour du decés du pere; suivant la maxime de notre Droit François, le mort saisit le vif; de même qu'ils seroient saisis de l'heredité du pere du jour du decés, s'ils se déclaroient ses heritiers. En effet s'ils viennent depuis à déceder, ils transmettent leurs droits à leurs heritiers, et même leurs créanciers peuvent exercer ce droit pour être payez.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *Tit.* 34, *Douaires*, *n*° 16. } La prescription contre la femme et les enfants douairiers, pour les choses sujettes au douaire, ne court du vivant du mari; mais elle commence au jour de son décès, même contre les enfants, durant la jouissance de leur mere et autres douairieres.

---

* 2 *Argou*, *Liv.* 3, *ch.* 10, *p.* 148 *et s.* } La seconde conséquence est, que les acquéreurs des héritages sujets ou hypothéqués au douaire, ne peuvent jamais prescrire contre la femme qui n'a pas consenti à la vente, ni contre les enfans, tant que le pere est vivant. Mais on a demandé si la prescription commence à courir contre les enfans majeurs, dès le moment de la mort du pere, ou si elle ne commence à courir que du jour de la mort de la mere. Il faut distinguer : Si la mere a vendu l'héritage conjointement avec son mari, ou s'il a été décrété pour payer des dettes auxquelles elle étoit obligée, la prescription ne court contre les enfans que du jour du décès de la mere, parce que jusqu'alors il est incertain si les enfans renonceront à la succession de leur mere, ou s'ils l'accepteront : or, étant héritiers de leur mere, ils seroient eux mêmes garans de ses faits et promesses; et dans cette incertitude, on ne doit pas exiger des enfans qu'ils intentent

une action en déclaration d'hypotheque, et qu'ils déclarent par ce moyen à leur mere qu'ils ont résolu de renoncer à sa succession, lorsqu'elle sera ouverte; mais quand la mere n'est point garante de l'éviction, la prescription contre les enfans qui sont majeurs commence à courir du jour de la mort du pere, parce que dès ce moment la propriété du douaire leur est tellement acquise, que quand ils viendroient à décéder avant la mere, ils ne laisseroient pas de transporter cette propriété à leurs héritiers; de sorte qu'étant en état d'agir, rien ne peut empêcher que la prescription ne coure contr'eux.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *n°* 86. } Dumoulin, en sa note sur le susdit article, observe que l'héritage sujet au douaire, que le mari a aliéné, continue tellement d'être affecté au douaire, que cette affectation ne peut être purgée ni par aucune prescription, ni par décret, tant que le mariage dure : *non obstante*, dit-il, *quocumque temporis lapsu*, *et non obstante decreto*, *et subhastationibus interdùm interpositis, dummodo matrimonium sit publicum*, *et non clandestinum.*

L'article 117, inséré dans la coutume de Paris lors de sa réformation, est conforme à cette doctrine de Dumoulin. Il y est dit : *En matière de douaire*, *la prescription commence à courir du jour du décès du mari seulement.*

La jurisprudence est aussi conforme à la doctrine de Dumoulin, par rapport au décret. Bacquet, *Traité des Droits de justice*, ch. 15, n° 72, cite un arrêt du 6 mai 1562, qui a jugé qu'un héritage, quoique adjugé par décret, ne laissait pas d'être sujet au douaire de la femme : il en cite d'autres pour le douaire des enfants. La raison est, que le douaire ne devant être ouvert qu'à la mort du mari, il ne peut être purgé avant que d'être né.

---

* *Lacombe*, *Recueil*, *v. Douaire*, *p.* 244. } 18. La prescription du douaire en faveur du tiers-détenteur contre les enfans majeurs ne court qu'après le décès de

[ARTICLE 1450.]

leurs pere et mere, quand la mere est intervenue solidairement pour la garantie de la vente des biens sujets au douaire, Ar. 16 Janvier 1652. et 7 Août 1655. *J. Aud.* Guer. sur le Pr. cent. 2. ch. 76. contre Ric. sur Senlis 177. et Auz. sur Paris 117.

Nota. L'Ar. du 16 Janvier 1652. ajoute, sans restitution de fruits, et sans dépens, Soëf. tom. 1. cent. 3, ch. 88.

Plusieurs autres Arrêts postérieurs ont confirmé cette Jurisprudence. Un premier a été rendu en la seconde Chambre des Enquêtes le 11 Août 1711, au rapport de M. le Clerc de Lesseville, au profit du sieur Silvy contre le sieur le Bossu.

Un autre est intervenu le 24 Juillet 1727, au rapport de M. Briconnet, en la quatriéme Chambre des Enquêtes, en faveur de la Marquise de la Chaize et de Monsieur et Madame le Pelletier de la Houssaye, contre le sieur Gaucher de la Potterie.

Enfin Guyot, sur l'art. 112 de la Coutume de Meulan, en cite un troisiéme du 4 Mars 1735.

SECTION II.

DISPOSITIONS PARTICULIÈRES AU DOUAIRE DE LA FEMME.

1450. Le douaire préfix de la femme n'est pas incompatible avec la donation d'usufruit qui lui est faite par le mari; elle jouit, en vertu de cette donation, des biens y contenus, et prend son douaire sur le surplus, sans diminution ni confusion.

SECTION II.

PARTICULAR PROVISIONS AS TO THE DOWER OF THE WIFE.

1450. The conventional dower of the wife is not incompatible with a gift of usufruct made to her by the husband; she enjoys under such gifts the property comprised in them, and takes her dower from the remainder, without diminution or confusion.

---

* *Loysel (Laurière et Dupin), Inst. Cout., Liv.* 1, *Tit.* 3, *Douaires, règle* 15. } Don mutuel n'empêche point le douaire.

---

* *Pocquet de Liv., Règles, Tit.* 7, *ch.* 2, *n°* 13. } A Paris, la veuve peut avoir don et Douaire : en Anjou et au Maine, le don d'immeubles exclut le Douaire; mais la veuve peut y avoir don de meubles et Douaire.

Paris, art. 257.

Anjou, art. 310. *Maine, art.* 313.

---

* 1 *Ricard, Des Donations entre vifs,* 3e *part., ch.* 10, *sec.* 3, *n°* 1500 *et s., p.* 803-4. } 1500. On fait encore une autre question au sujet de la matiere que nous traitons ; si une femme peut avoir don et douaire sur une même espece de biens ; et si en concurrence de ces deux avantages, la confusion ne se fait pas de plein droit de l'un avec l'autre, et en conséquence s'il n'y a pas de retranchement ? L'exemple en peut être proposé en cette espece. Un homme constitue à sa femme, en se mariant, trois cents livres de rente de douaire préfix ; outre cela pendant son mariage il fait don mutuel avec sa femme, et au jour de son décès, il ne laisse que des meubles et des acquêts qui entrent entiérement dans le don mutuel : la question est de savoir si le douaire est confus avec le don, ou bien si les héritiers du mari le doivent payer, et comment ? Ceux qui ont traité cette question, disent que le fondement pour la décider, résulte de ce principe établi par les Docteurs, que deux causes lucratives ne peuvent pas subsister en un même sujet. Et même nous avons au-delà de la Loire beaucoup de Coutumes qui le décident de la sorte, par forme de proposition générale, qu'une femme ne peut avoir don et douaire ensemble, et il faut qu'elle choisisse de prendre le douaire ou la donation.

1501. C'est toutefois, à mon avis, mal comprendre l'effet de cette regle de Droit, que de l'appliquer en cette occasion :

car quand on dit que deux causes lucratives ne peuvent pas subsister en un même sujet, cette maxime doit s'entendre réellement, et à l'égard de la chose ; ce qui ne peut pas recevoir de difficulté : d'autant que si une chose appartient à un particulier en vertu d'une donation, il est constant qu'elle ne peut pas être donnée à la même personne en vertu d'une autre donation, puisqu'on ne peut pas lui donner ce qui est déja à lui. Mais ce n'est pas là le point de notre question : d'autant que rien n'empêche que le don mutuel ne soit exécuté sur les fruits, et sur l'usage des meubles et des acquêts, et que le douaire ne soit pris sur le fonds, en l'adjugeant à la charge du don mutuel. Et il y auroit d'autant plus d'injustice au cas du don mutuel d'en user autrement, que la femme y recevroit un notable préjudice, au moyen de ce que le douaire lui étant acquis par son contrat de mariage, elle le perdroit en faisant une donation mutuelle ; ou le don mutuel n'auroit pas d'effet à son égard, et le mari de sa part, en cas de survivance, en jouiroit en son entier.

1502. Il est vrai qu'il y en a qui prétendent au contraire qu'il y a une raison particuliere à l'égard du don mutuel, qui fait que la femme ne peut pas prétendre de jouir de son douaire avec le don mutuel ; parce que, disent-ils, le donataire mutuel est tenu d'acquitter et d'avancer les dettes, par le moyen de quoi l'exécution du douaire se doit du moins surseoir jusqu'à ce que le don mutuel soit fini, qui est le même temps de l'extinction du douaire à l'égard de la femme : mais cette objection est absolument frivole, d'autant que le donataire mutuel n'est chargé que des dettes de la communauté, et autrement il ne seroit pas égal ; c'est néanmoins en quoi consiste la substance du don mutuel.

1503. Et de fait, cette difficulté a été résolue de la sorte, par l'article 257 de la nouvelle Coutume de Paris, qui est un de ceux qui ont été ajoutés par une raison générale, et sur le fondement des Arrêts de la Cour ; ce qui lui fait recevoir son application dans les autres Coutumes qui ne contiennent rien de contraire. Cet article porte que la femme douée de douaire

préfix d'une somme de deniers, ou d'une rente, si durant le mariage est fait don mutuel, jouit, après le trépas de son mari par usufruit, de la part des meubles et conquêts de son mari, et prend sur le surplus des biens son douaire, sans aucune diminution ni confusion. Il est vrai que la disposition de cet article n'est pas précisément dans le terme auquel nous avons réduit notre question, au cas qu'il n'y ait pas de propres, ni d'autres biens que ceux dont la femme jouit à titre de don mutuel : mais on a estimé que la donation mutuelle ne s'étendant que sur l'usufruit, il falloit considérer le fonds comme un bien séparé, et sur lequel le douaire pouvoit être perçu ; et en conséquence, il a été jugé par Arrêt du cinquieme jour d'Aout 1613, entre Genevieve Muffard, appellante du Prévôt de Paris, et Geoffroy le Secq, intimé, que la femme, dans l'espece de notre question, prendroit son douaire sur le fonds des conquêts, qu'elle pourroit faire vendre à la charge du don mutuel et de son douaire, sa vie durant. Me René Chopin, en son Commentaire sur la Coutume d'Anjou, *livre* 3, *chapitre* 2, *titre* 3, *nombre* 13, fait mention de deux Arrêts des 5 Décembre 1578 et 18 Février 1541, par lesquels il avoit été déjà jugé que le don et le douaire étoient compatibles dans les anciennes Coutumes de Touraine et de Bretagne, qui ont été depuis réformées, et sont présentement du nombre de celles qui contiennent les dispositions contraires.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaires*, *n*o 264. } 264. Le douaire étant un titre lucratif, il est évident qu'une veuve ne peut être douairière et donataire des mêmes choses. Deux causes lucratives ne peuvent pas concourir dans une même personne pour une même chose : *Duæ causæ lucrativæ in eâdem re et in eâdem personâ concurrere non possunt.*

C'est pourquoi, lorsqu'une femme est, par son contrat de mariage, donataire, soit en propriété, soit en usufruit, des biens que son mari laissera lors de son décès ; si elle accepte la donation, il est évident qu'elle ne peut plus avoir le douaire

coutumier, et qu'il lui devient inutile : car ayant, par la donation qui lui a été faite, le droit de jouir de tous les biens de son mari, elle n'a plus besoin du douaire coutumier, pour jouir de la moitié de ceux que son mari avait au temps des épousailles.

Ce n'est donc pas sur cet objet que tombe la question; mais la question est de savoir si une veuve peut être douairière de certains biens, et donataire d'autres biens de son mari.

Il y a quelques coutumes qui ne le permettent pas, telles que celles de Bretagne, art. 208; d'Anjou, 310; du Maine, 313; de Touraine, 337; mais dans les autres coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, même dans la coutume de Paris, qui ne permet pas aux enfants d'être douairiers et donataires, cette disposition ne s'étend pas à la femme; c'est pourquoi rien n'empêche que dans cette coutume, elle ne soit douairière de la moitié des héritages propres, et donataire par don mutuel de la part de son mari, dans les conquêts de la communauté.

Voy. autorités sur arts. 1276 et 1440.

1451. Si le douaire de la femme consiste en deniers ou en rentes, la femme a contre les héritiers ou représentants de son mari, pour s'en faire payer, tous les droits et actions appartenant aux autres créanciers de la succession.

1451. If the dower of the wife consist in money or rents, the wife, in order to obtain payment of it from the heirs and representatives of her husband, has all the rights and actions which belong to the other creditors of the succession.

Voy. *Pothier*, *Douaire*, cité sur art. 1452.

[ARTICLE 1452.]

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 34, *n°* 15, *p.* 222. } La charge du douaire en deniers ou en rente doit être réglée comme les autres dettes passives, mobiliaires et immobiliaires de la succession du pere.

1452. Si le douaire consiste dans la jouissance d'une certaine portion des biens du mari, il doit se faire entre elle et les héritiers de ce dernier, un partage par lequel on livre à celle-ci la portion dont elle a droit de jouir.

La veuve et les héritiers ont réciproquement une action pour obtenir ce partage, au cas de refus de part ou d'autre.

1452. If the dower consist in the enjoyment of a certain portion of the property of the husband, a partition must be effected between the wife and the heirs of the husband, by which she receives the portion which she has a right to enjoy.

The widow and the heirs have reciprocally an action to obtain this partition, in the case of refusal on the part of either.

---

* *Loysel, (Laurière et Dupin), Inst. Cout., Liv.* 1, *Tit.* 3, *Des Douaires, n°* 21. } 156. La veuve peut contraindre l'héritier lui bailler son douaire à part, et l'héritier elle de le prendre.

* C'est-à-dire que le douaire doit être délivré à part et divis.* Cette règle est prise de l'art. 261 de la coutume de Poitou, et doit être entendue, tant du douaire préfix en rente par assignat, que du douaire coutumier. V. l'art. 262 de cette coutume, et l'art. 53 de l'usage de Saintes; leg. 6, *cum de usufructu*, Dig., *Communi dividundo;* et l. *possessionum*, Cod., *Communia utriusque judicii.*

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *n°* 174 *et s.* } 174. Par l'ouverture du douaire coutumier, la jouissance des héritages et autres immeubles qui y sont sujets, devient commune entre la femme douairière, à qui en appartient la moitié ou le tiers, suivant les différentes coutumes, et les héritiers du mari, auxquels en appartient le surplus.

De cette communauté naît l'action *communi dividundo*, ou action de partage, qui peut être donnée, soit par la douairière contre les héritiers du mari, soit par lesdits héritiers contre la douairière, aux fins de partage de cette jouissance.

Nous traiterons,—1° de la forme de ce partage; — 2° des raisons respectives que les parties doivent s'y faire; — 3° de la garantie qui en naît..

§ I. *De la forme du partage qui est à faire entre la douairière et l'héritier du mari.*

Pour parvenir à ce partage, on doit commencer par procéder à une estimation du revenu que produisent chacun des héritages et autres immeubles sujets au douaire. Cette estimation se fait ou par les parties, ou, lorsqu'elles ne s'accordent pas, par des experts dont elles conviennent.

Après cette estimation faite, on dresse une masse de tous les héritages et autres immeubles sujets au douaire, dont la jouissance est à partager entre la douairière et les héritiers du mari, et chacun desdits héritages ou immeubles est compris pour le revenu qu'il produit.

La masse étant arrêtée, doit se partager en deux lots, l'un pour la douairière, l'autre pour les héritiers du mari.

A Paris, à Orléans, et dans toutes les autres coutumes qui n'ont pas ces dispositions, le partage qui est à faire de la jouissance des héritages sujets au douaire coutumier, entre la douairière et l'héritier, se fait à frais communs : la masse, l'estimation et les lots se font par les parties; ou si elles ne peuvent s'accorder, par des arbitres nommés par elles, ou par le juge, faute par elles d'en nommer; et ces lots se tirent au sort.

[ARTICLE 1452.]

Lorsque les lots sont inégaux, le plus fort doit être chargé envers le plus faible, d'un retour en une rente payable par chacun an, pendant tout le temps que durera le douaire, c'est-à-dire pendant tout le temps de la vie de la douairière.

§ II. *Des raisons respectives qu'ont à se faire quelquefois la douairière et l'héritier.*

177. La douairière et l'héritier du mari ont quelquefois des raisons à se faire l'un et l'autre au partage.

L'héritier a des raisons à faire à la douairière.

1° Dans le cas du rachat fait durant le mariage, de quelques rentes dues au mari, sujettes au douaire, ou de l'aliénation nécessaire de quelques héritages sujets au douaire. Le droit de douaire que la femme avait dans lesdits héritages et rentes, étant en ce cas transféré sur les sommes reçues pour le rachat desdites rentes, ou pour le prix de l'aliénation desdits héritages, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 73, l'héritier doit payer à la douairière, pendant tout le temps que doit durer son usufruit, les intérêts de la moitié ou du tiers desdites sommes, suivant les différentes coutumes.

2° Il en est de même à l'égard des sommes reçues par le mari, dans les espèces qui sont rapportées aux nos 82 et 83.

3° Lorsque des choses sujettes au douaire ont cessé d'exister par le fait ou la faute du mari, quoique le mari n'ait rien reçu en la place ; comme lorsque le mari a éteint une rente sujette au douaire, par la remise volontaire qu'il en a faite au débiteur, ou en la laissant prescrire, l'héritier doit en dédommager la douairière, en lui payant par chacun an, pendant tout le temps que doit durer son usufruit, la même somme qu'elle aurait reçue pour sa part des arrérages de ladite rente, si elle eût existé.

4° Lorsque le mari a fait des dégradations à quelque héritage sujet au douaire, qui en ont diminué le revenu, l'héritier en doit dédommager la douairière, en lui tenant compte par chacun an, pendant le temps que doit durer son usufruit,

de ce que l'héritage aurait produit de plus de revenu pour la part qu'elle y a, s'il n'avait pas été dégradé.

178. La douairière peut aussi avoir, de son côté, des raisons à faire à l'héritier.

1° Dans les cas mentionnés *suprà*, n° 38, dans lesquels des héritages ne sont sujets au douaire que sous la déduction de la somme que le mari a déboursée pendant le mariage pour les avoir, ces héritages ne peuvent être compris dans la masse des biens sujets au douaire, dont la douairière a droit de jouir pour moitié ou pour un tiers, suivant les différentes coutumes, qu'à la charge par la douairière de faire raison de cette somme, à proportion de la part qu'elle a dans la jouissance, à l'héritier du mari qui l'a déboursée en lui payant pour cela les intérêts de la moitié ou du tiers de cette somme par chacun an, pendant tout le temps que dure son usufruit, ou en les compensant, comme il sera dit ci-après.

2° Lorsque le mari a déboursé pendant le mariage, des sommes d'argent pour des augmentations à quelque héritage sujet au douaire, qui en ont augmenté le revenu, la douairière en doit pareillement faire raison à l'héritier, au moins par la voie de la compensation.

3° Lorsque le mari a racheté pendant le mariage, une rente dont il était déjà débiteur au temps des épousailles, la douairière, qui profite du rachat en doit faire raison à l'héritier du mari, au moins par la voie de la compensation.

179. Lorsque la douairière et l'héritier ont chacun des raisons à se faire l'un à l'autre, il s'en fait compensation jusqu'à concurrence.

Par exemple, si le mari avait fait dans quelqu'un des héritages sujets au douaire, des dégradations qui en eussent diminué de 300 liv. le revenu annuel, et que d'un autre côté le mari eût fait sur un autre héritage sujet au douaire, des augmentations qui en augmentassent de 200 liv. le revenu annuel; la raison que l'héritier est obligé de faire à la douairière pour les dégradations, se compense avec celle que la douairière doit faire à l'héritier pour raison des augmenta-

tions ; au moyen de laquelle compensation, la diminution du revenu annuel des biens sujets au douaire, dont l'héritier doit faire raison à la douairière, se trouve réduite à la somme de 100 liv. ; de laquelle somme de 100 liv. l'héritier paiera la moitié, ou le tiers, à la douairière par chacun an, pendant le temps que doit durer son usufruit.

Si le mari avait encore, pendant le mariage, déboursé quelque somme d'argent pour raison de quelque héritage sujet au douaire, *putà*, pour quelque retour de partage, il se fera encore compensation des intérêts que la douairière doit pour raison de ce à l'héritier, avec ceux que l'héritier lui doit.

Pareillement lorsque le mari a, pendant le mariage, reçu le remboursement d'une rente sujette au douaire, ou qu'il l'a, par sa faute, laissé prescrire ; si, d'un autre côté, il a racheté une rente qu'il devait dès avant son mariage, et qui par conséquent aurait été à la charge de la douairière, si elle n'eût pas été rachetée, il se fait compensation de la raison que l'héritier doit faire à la douairière de la rente dont le mari a reçu le remboursement, ou qu'il a laissé prescrire, avec la raison que la douairière, doit de son côté, faire à l'héritier pour la rente que le mari a rachetée.

180. Lorsque la femme, en sa qualité de douairière, a quelques raisons à faire à l'héritier, et que l'héritier n'a de son côté aucunes raisons à faire à la femme pour raison du douaire, si la femme est commune, il se fera compensation de ce que la femme, en sa qualité de douairière, doit à l'héritier pour les sommes déboursées par le mari, dont elle profite comme douairière, avec la jouissance de la récompense du mi-denier des sommes, que l'héritier lui doit en la qualité qu'elle a de commune.

C'est ce qui paraîtra en parcourant les trois différents cas ci-dessus mentionnés, dans lesquels la douairière a quelque raison à faire à l'héritier par rapport aux sommes déboursées par le mari durant le mariage.

Dans le premier cas, supposons, par exemple, que le mari

qui, au temps des épousailles, était propriétaire par indivis avec d'autres, d'un héritage, s'en est rendu, pendant son mariage, adjudicataire par licitation, et a déboursé pour cet effet une somme de 3,000 liv. pour payer les parts de ses copropriétaires dans le prix de la licitation. Suivant notre principe, la femme en sa qualité de douairière, doit à l'héritier du mari les intérêts de la somme de 1,500 liv., moitié de celle de 3,000 liv., pendant tout le temps que doit durer son usufruit. L'héritier du mari, de son côté, doit à la femme, en la qualité qu'elle a de commune, pareille somme de 1,500 liv. pour le mi-denier de celle de 3,000 liv., tirée de la communauté par le mari, qui en doit récompense, comme nous l'avons vu en notre *Traité de la Communauté*, n° 629. Il se fait une compensation naturelle des intérêts de la somme de 1,500 liv. que la femme doit, en sa qualité de douairière, pendant le temps de son usufruit, avec ceux de pareille somme de 1,500 liv. que l'héritier lui doit. En conséquence, au moyen de ladite compensation, l'héritier doit jouir de la somme de 1,500 liv. qu'il doit pour le mi-denier, pendant tout le temps que doit durer l'usufruit de la douairière, sans en payer aucuns intérêts pendant ledit temps.

181. Ces compensations se font de la même manière dans le second cas, qui est celui auquel le mari a déboursé, pendant le mariage, quelque somme d'argent pour des augmentations faites à quelque héritage sujet au douaire, et qui en ont augmenté le revenu.

182. Dans le troisième cas, qui est celui auquel le mari a acquitté pendant le mariage quelque charge du douaire, supposons qu'il a racheté des deniers de la communauté une rente de 300 liv. par an, dont il était débiteur dès le temps des épousailles. La douairière, qui, par ce rachat, se trouve déchargée de 150 liv. de rente qu'elle aurait été obligée de payer au créancier pendant tout le temps qu'aurait duré son usufruit, doit en récompenser l'héritier du mari par la voie de la compensation, en le déchargeant, pendant tout ledit temps, de la rente de 150 liv. que ledit héritier est tenu de

lui continuer en la qualité qu'elle a de commune, suivant l'art. 245 de la coutume de Paris.

Dans les coutumes où la portion de la douairière n'est que le tiers, la femme, qui n'eût été tenue que du tiers de ladite rente, montant à 100 liv., si elle n'eût pas été rachetée, fera seulement déduction à l'héritier de 100 liv. par chacun an, pendant tout le temps que doit durer son usufruit, sur les 150 liv. de rente qu'il est tenu de lui continuer.

Rien n'est si équitable que ces compensations. L'équité ne permet pas que la femme demande récompense de la part qu'elle avait, en qualité de commune, dans les sommes que son mari a tirées, pendant qu'elle profite desdites sommes comme douairière.

183. Il n'y a pas lieu à cette compensation lorsque l'héritier avait de son côté des raisons à faire à la douairière, pour raison de douaire, dont il s'est fait compensation avec celles que la douairière lui doit faire ; autrement il se ferait payer deux fois.

Il est évident qu'il ne peut y avoir lieu à cette compensation lorsque la douairière a renoncé à la communauté ; car ne lui étant dû en ce cas aucune récompense pour les sommes que son mari a tirées de la communauté, dans les biens de laquelle elle n'a rien à prétendre, elle n'a rien qu'elle puisse compenser avec les choses dont elle doit faire raison à l'héritier, qu'on suppose n'avoir de son côté aucune raison à faire à la douairière.

184. La douairière, qui n'a en ce cas aucune compensation à opposer, ne peut se dispenser de payer à l'héritier, pour la part qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets au douaire, pendant tout le temps que durera cette jouissance, les intérêts de la somme que le mari a payée pendant le mariage pour quelqu'un desdits héritages, qui n'est sujet au douaire que sous la déduction de cette somme, comme nous l'avons vu *suprà*.

185. Dans les deux autres cas, lorsque le mari a déboursé pendant le mariage quelque somme pour des augmentations

à un héritage sujet au douaire, qui en ont augmenté le revenu, ou pour le rachat de quelque rente par lui due, à laquelle la douairière eût contribué, si elle n'eût pas été rachetée, ne pouvant y avoir lieu à la compensation, au moyen de ce que la douairière a renoncé à la communauté, ou de ce qu'il y a exclusion de communauté, l'héritier est-il fondé à demander à la douairière les intérêts de cette somme, pour la part qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets au douaire, pendant tout le temps que doit durer cette jouissance ?

Les avis sont différents sur cette question. Duplessis et Renusson tiennent la négative : ils disent que le mari, en faisant ces augmentations et en rachetant cette rente, n'a eu d'autre vue que d'améliorer et de libérer son bien, comme le font tous les bons pères de famille ; qu'on ne doit donc point supposer en lui aucune vue d'avantager sa femme, ni aucune intention de faire contracter à sa femme aucune obligation, d'où puisse naître aucune action contre elle. Le mari, en faisant ces augmentations, en rachetant cette rente, *proprium negotium gerebat, non negotium uxoris, quamvis per accidens profuerit uxori.* Renusson autorise son opinion par un arrêt du 13 août 1622, rendu au profit de la dame de L'Encosme, par lequel il dit avoir été jugé qu'elle devait jouir de son douaire, sans être tenue de récompenser l'héritier du mari des rentes acquittées par le mari durant le mariage.

La coutume de Normandie, en l'art. 396, a une disposition conforme à cette opinion. Il y est dit : " Si le mari, constant " le mariage, décharge les héritages à lui appartenant lors " de ses épousailles... des rentes hypothécaires et foncières... " la femme a le tiers entier pour son douaire, déchargé des- " dites rentes racquittées, comme s'ils n'eussent point été " chargés lors et avant les épousailles."

On ne peut dénier plus formellement à l'héritier la récompense. Cette coutume néanmoins l'accorde par la voie de la compensation, lorsqu'il peut y avoir lieu ; car elle dit en l'article suivant : " Si le mari a vendu de son propre pour faire

" ledit racquit, la femme prenant douaire sur les héritages " déchargés, ne pourra prendre douaire sur ledit héritage " vendu."

Nonobstant ces raisons, Lemaître, sur la coutume de Paris, pense que, même *cessante compensatione*, l'héritier est bien fondé à demander à la douairière récompense de ce dont elle profite du rachat des rentes et des augmentations faites par le mari pendant le mariage.

Il n'est pas, selon lui, nécessaire que le mari, pendant le mariage, en faisant le rachat de ces rentes et ces augmentations, ait eu intention d'avantager sa femme, et d'augmenter le revenu de son douaire: il suffit qu'elle en soit effectivement avantagée, et que le revenu de son douaire soit effectivement augmenté aux dépens du mari, pour que l'héritier soit fondé à demander cette récompense. De même que le revenu du douaire ne peut être diminué par le fait du mari, sans que la femme en soit récompensée; il ne doit pas non plus pouvoir être augmenté aux dépens du mari, sans que la femme en récompense l'héritier du mari.—J'inclinerais pour cette seconde opinion.

§ III. *De la garantie qui naît du partage entre la douairière et l'héritier.*

186. Ce partage produit, comme tous les autres partages, une obligation de garantie entre les copartageants.

En conséquence, lorsque l'un des copartageants a souffert éviction de la jouissance d'un héritage échu en son lot, l'autre copartageant est tenu de lui faire raison pour sa part, par chacun an, pendant tout le temps que durera le douaire, de la somme à laquelle a été estimée, par le partage, la jouissance dont il a été évincé.

Par exemple, supposons que la masse qui a été partagée par moitié entre la douairière et l'héritier du mari, fût de 1,200 livres de revenu. On a délivré par le partage à la douairière des héritages pour 600 livres de revenu: elle a été évincée de l'un de ces héritages, qui était de 300 livres. L'hé-

ritier, qui de son côté n'a souffert aucune éviction, doit, pour la garantie dont il est tenu envers elle, lui faire raison de 150 livres par chacun an, moitié du revenu de 300 livres dont elle a été évincée ; au moyen de quoi la douairière et l'héritier auront chacun 450 livres de revenu, qui est la moitié qu'ils doivent avoir chacun dans les 900 livres de revenu auxquelles a été, par cette éviction, réduite la masse qui est à partager entre eux.

Dans les coutumes où le douaire n'est que du tiers ; si, pour le tiers de la douairière dans une masse de 1,200 livres, on lui a délivré des héritages pour 400 livres de revenu, et qu'elle ait été évincée de l'un de ces héritages de 300 livres de revenu, l'héritier, tenu pour les deux tiers de la garantie, doit faire raison à la douairière de 200 livres de revenu par chacun an ; au moyen de quoi, avec les 100 livres de revenu qui lui restaient, elle aura 300 livres de revenu, qui fait le tiers des 900 livres, somme à laquelle la masse a été réduite.

Lorsque c'est l'héritier qui a souffert éviction, la douairière, tenue de la garantie pour la part qu'elle a dans la masse, doit faire raison à l'héritier de la même manière.

Voyez, sur cette garantie, ce que nous avons dit en notre *Traité de la Société*, et en celui de la *Communauté entre homme et femme.*

---

* *Pocquet de Liv.*, *Règles*, *tit.* 7, *ch.* 2, *n°* 20. } Le Douaire doit être délivré à part et devis.

LOYSEL, *Douaire*, *Reg.* 21.

Anjou, *art.* 307.

Maine, *art.* 320. *Poitou*, *art.* 261.

---

* 12 *Pand. frs.*, *n°* 423. } Si le douaire consiste dans la jouissance d'une certaine portion des biens du mari, il doit se faire, entre ses héritiers et la veuve, un partage par lequel on lui délivre la portion dont elle a droit de jouir.

[ARTICLE 1453.]

Elle est tenue, comme toute personne qui a la jouissance des biens d'une autre, de toutes les réparations viagères et d'entretien. Les grosses réparations sont à la charge des héritiers qui ont la nue propriété. Ce partage se fait suivant les formes ordinaires, et donne lieu aux mêmes actions.

La femme qui jouit pour son douaire d'une partie des héritages de son mari, est soumise à toutes les obligations de l'usufruitier.

Elle doit user en bon père de famille, ne faire aucune dégradation sur les héritages, et au contraire les entretenir. Comme elle n'a que le droit de percevoir les fruits des fonds affectés au douaire, elle ne peut ni en changer la forme, ni les faire servir à d'autres usages que ceux auxquels ils sont destinés. Elle doit acquitter les charges foncières auxquelles les héritages sont assujettis.

1453. La douairière, comme les autres usufruitiers, prend les fruits naturels et industriels pendant par branches ou tenant par racines sur l'immeuble sujet au douaire, lors de l'ouverture, sans être tenue de rembourser les frais faits par le mari pour les produire.

Il en est de même à l'égard de ceux qui entrent en jouissance de la propriété de cet immeuble, après l'extinction de l'usufruit.

1453. The dowager, like other usufructuaries, has a right to the natural and industrial fruits attached by branch or root to the immoveable subject to dower when such dower opens, without being obliged to refund the expenses incurred by the husband in order to produce them.

The same rule applies to those who enter into the enjoyment of the ownership of such immoveable, after the extinction of the usufruct.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *n°s* 201, 272, 273. } 201. On a fait une question à l'égard des fruits industriels, qui est de savoir si la douairière qui n'était pas commune, ou qui a renoncé à la communauté, est tenue, pour la part qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets au douaire, de rembourser l'héritier des frais de labours et semences, faits par le mari pour les fruits qui étaient pendants lors de l'ouverture du douaire, et qu'elle a perçus pour ladite part.

Renusson (ch. 14, n° 33) tient l'affirmative. Il se fonde sur la raison que ces frais sont une charge naturelle des fruits, lesquels ne sont *fruits* que sous une déduction : *Fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis* ; L. 36, § 5, ff. *de Hæred. petit.* Il est donc juste que ces frais soient supportés par ceux qui perçoivent les fruits, et que la douairière, pour la part qu'elle y a, en fasse raison à la succession du mari qui les a faits.

On dit au contraire pour la négative, que la règle de droit, *Fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis*, est dans le cas de personnes qui sont comptables de fruits qu'elles ont perçus, qui ne leur appartenaient pas ; elles n'en doivent compter que sous la déduction des frais qu'elles ont faits. Mais cette règle ne reçoit ici aucune publication. Il n'est dit nulle part que le légataire d'un droit d'usufruit d'un héritage, soit tenu de restituer à l'héritier les frais faits par le testateur pour les fruits qui se sont trouvés pendants sur l'héritage au temps de l'ouverture du legs : l'usufruit de l'héritage est censé avoir été légué en l'état auquel se trouverait l'héritage au temps de l'ouverture du legs. Pareillement l'usufruit que la loi ou le mari ont accordé à la douairière, est le droit de jouir des héritages dans l'état auquel ils se trouveront lors de l'ouverture du douaire ; les frais faits pour les mettre en cet état, font partie de ce qui lui a été donné par la loi ou par son mari. C'est l'avis de Lemaître, qui me paraît le plus juridique.

Quid, si ces labours et semences étaient encore dus à la mort du mari ?

Bacquet, qui décide que la douairière n'en doit pas faire raison lorsqu'ils ont été acquittés du vivant du mari, pense néanmoins qu'elle est tenue de cette dette. Je pense au contraire, que, dès qu'on établit pour principe que l'usufruit de l'héritage est accordé à la douairière en l'état qu'il se trouvera au temps de l'ouverture du douaire, c'est une conséquence que la douairière ne doit pas être tenue de cette dette ; de même qu'un héritier aux propres, lequel a recueilli les fruits qui étaient pendants sur l'héritage auquel il a succédé, n'est pas pour cela plus tenu de la dette des frais de labours et semences faits pour les faire venir, qu'il ne l'est des autres dettes de la succession.

Il n'y a pas lieu à cette question, lorsque la douairière a accepté la communauté : il ne peut être douteux en ce cas que le mi-denier des labours et semences, dont la coutume de Paris, art. 231, charge l'héritier de celui sur l'héritage propre duquel se trouvent les fruits pendants, ne peut être dû en entier à la femme, et qu'elle en a fait confusion pour la part qu'elle a, comme douairière, dans lesdits fruits.

Supposons, par exemple, que les frais faits pour les fruits d'un héritage propre du mari, qui se sont trouvés pendants lors de la mort du mari, montent à 300 livres ; il serait dû, par la succession du mari, à la femme la somme de 150 livres pour le mi-denier, si la femme n'y prenait pas son douaire : mais la femme ayant, en sa qualité de douairière, la moitié desdits fruits, elle doit faire confusion sur elle de la moitié de ce mi-denier et l'héritier ne lui doit que 75 livres.

272. Le propriétaire des héritages sujets au douaire, rentrant de plein droit, à la mort de la douairière, en la jouissance desdits héritages, et devant en conséquence recueillir les fruits qui se sont trouvés pendants, lors de sa mort, sur lesdits héritages, il est obligé de rembourser aux héritiers de la douairière les frais de labours, semences, et autres qu'elle a faits pour les faire venir ; car ces frais sont une charge des fruits, et doivent par conséquent être portés par le propriétaire qui les recueille.

Il n'y est pas à la vérité obligé *obligatione negotiorum gestorum directâ:* car la douairière, qui ne savait pas devoir mourir avant la récolte, comptait, en faisant ces frais, faire sa propre affaire, et non celle du propriétaire ; et n'avait pas par conséquent intention de l'obliger envers elle ou sa succession, au remboursement de ces frais ; mais s'il n'y est pas obligé *obligatione negotiorum gestorum directâ, et secundùm subtilitatem juris*, il y est obligé *secundùm æquitatem, utili obligatione negotiorum gestorum ;* parce que, quoique la douairière, en faisant ces frais, crût faire sa propre affaire, elle a effectivement fait l'affaire du propriétaire de l'héritage ; et l'équité ne permet pas qu'il profite des fruits aux dépens de la douairière, qui a fait les frais pour les faire venir.

Notre décision est conforme à celle d'Africanus, qui décide en termes formels, en la Loi *fin. ff. de Neg. gest.*, que *Danda est negotiorum gestorum actio, si negotium quod tuum esse existimares, quum meum esset, gessisses.*

La coutume de Paris a suivi cette décision, art. 231, en obligeant le conjoint qui recueille les fruits qui se sont trouvés pendants sur son héritage propre lors de la dissolution de communauté, à rembourser la communauté des frais qu'elle a faits pour les faire venir, pendant qu'elle avait la jouissance de l'héritage.

On nous opposera peut-être que nous avons décidé *suprà*, nº 201, que la douairière qui recueille les fruits qui se sont trouvés pendants lorsqu'elle est entrée en jouissance en son douaire, n'est pas obligée à rembourser à l'héritier de son mari les frais que son mari a faits pour les faire venir. La réponse à cette objection, est que la loi ou la convention qui accorde à la femme l'usufruit des héritages sujets au douaire, lui accorde l'usufruit de ces héritages, en l'état qu'ils se trouveront lors de l'ouverture du douaire : les frais faits pour les mettre en cet état, font par conséquent partie de ce qui lui a été donné ; elle n'en doit donc pas le remboursement.

Il n'en est pas de même de ceux que la douairière a faits pour faire venir les fruits qui se sont trouvés pendants lors

de sa mort, et qui doivent être recueillis par le propriétaire de l'héritage ; la douairière n'ayant jamais fait ni entendu faire aucune donation à ce propriétaire (1).

273. Renusson, *Traité du Douaire*, chap. 14, nº 40, prétend que l'héritier du mari, qui recueille les fruits qui se sont trouvés pendants à la mort de la douairière, peut opposer, en compensation des frais que la douairière a faits pour les faire venir, ceux que le mari a faits pour faire venir ceux qui se sont trouvés pendants lors de l'ouverture du douaire, et qui ont été recueillis par la douairière. Cette décision est une suite de l'opinion en laquelle est cet auteur, que la douairière devait le remboursement de ces frais: mais ayant établi qu'elle ne le devait pas, c'est une conséquence que l'héritier du mari ne peut les opposer en compensation de ceux dont il doit le remboursement aux héritiers de la douairière.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 450.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit.* 34, *no* 14. } La douairière prendra les fruits naturels pendants par les racines lors de l'ouverture du douaire, en remboursant les labours, semences et façons; et le semblable sera observé à l'égard de ceux qui entreront en jouissance des fonds sujets au douaire, après l'extinction du douaire de la veuve.

1454. La douairière jouit du douaire coutumier ou préfix à sa caution jura-	1454. The dowager, as long as she remains a widow, enjoys the dower,

(1) Le Code contient une décision contraire, art. 585, C. civ., " *Sans* " *récompense de part ni d'autre des labours et des semences.*" (*V.* ci-dessus, p. 393, note 1) ; et à notre avis, c'est avec grande raison : de pareilles réclamations n'étaient propres qu'à occasionner de nombreuses et peu importantes difficultés entre les héritiers de l'usufruitier et le propriétaire. (BUGNET).

toire, tant qu'elle reste en viduité ; mais si elle passe à un autre mariage, elle devient tenue de donner caution, comme tout autre usufruitier.

whether customary or conventional, upon giving the security of her oath to restore it ; but, if she remarry, she is bound to give the same security as any other usufructuary.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *n*° 221. } 221. Les usufruitiers, lorsqu'ils entrent en possession de leur usufruit, sont ordinairement tenus de donner bonne et suffisante caution de jouir en bons pères de famille, et de rendre en bon état, à la fin de l'usufruit, les choses dont ils doivent jouir ; L. 13, ff. *de Usufr.* ; et L. 4, Cod. *eod. tit.*

Néanmoins la coutume de Paris se contente de la caution juratoire de la douairière, et n'exige point d'elle qu'elle donne aucun fidéjusseur, tant qu'elle demeure en viduité. Elle s'exprime de cette manière en l'article 264 : " Et au cas " que ladite femme ne se remarie, aura délivrance de son " douaire à sa caution juratoire : mais si elle convole en " autre mariage, sera tenue donner bonne et suffisante caution."

Quoique cet article s'entende principalement du douaire préfix, par la connexion qu'il a avec l'article précédent, qui traite du douaire préfix, néanmoins il doit pareillement s'appliquer au douaire coutumier, y ayant même raison.

La coutume de Calais a une disposition entièrement semblable à celle de Paris.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit.* 34, *n*os 36, 37 *et* 38. } 36. La veuve aura délivrance de son douaire à sa caution juratoire, même du douaire qui est payable en argent ; mais si elle passe à un autre mariage, elle sera tenue de bailler bonne et suffisante caution à ceux auxquels le fonds et la propriété du douaire doit retourner.

[ARTICLE 1455.]

37. La soumission de la caution juratoire doit être faite au Greffe, et signifiée aux enfans et héritiers du mort dans quarante jours, à compter du jour du décès du mari ; et le temps passé, sans autre sommation, elle perdra les fruits, arrérages et intérêts de son douaire, jusqu'à ce que la soumission ait été faite et signifiée.

38. Et au cas que la douairière se remarie, les fruits, arrérages et intérêts du douaire, cesseront du jour du second mariage, jusqu'à ce qu'elle ait présenté et fait recevoir sa caution.

---

* 2 *Argou*, *Liv.* 3, *ch.* 10, *p.* 132. } Lorsque le douaire consiste en l'usufruit des immeubles, la douairiere en doit jouir à sa caution juratoire, tant qu'elle demeurera en viduité ; mais si elle se remarie, elle doit donner bonne et suffisante caution, comme tous les autres usufruitiers : cette caution est de tenir les lieux en bon état, et de jouir en bon pere de famille, ou de rendre le fonds du douaire, s'il consiste en une somme d'argent.

1455. Si la femme qui se remarie ne peut fournir la caution requise, son usufruit devient assujetti aux dispositions des articles 465, 466 et 467.	1455. If the wife who has remarried cannot give the necessary security, her usufruct becomes subject to the provisions of articles 465, 466 and 467.

Voy. *C. C. B. C.*, arts. 465 et s. ; et *Lamoignon*, cité sur art. 1454.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *nos* 227, 228. } 227. Dans les cas auxquels la douairière est obligée, pour jouir de son douaire, de donner caution fidéjussoire ; si elle ne peut la donner, la jouissance des héritages dont elle doit

jouir en usufruit, doit être séquestrée entre les mains d'un séquestre, qui doit compter tous les ans à la douairière des revenus, déduction faite des charges et des frais de séquestre.

228. Il est évident que l'article 264 de la coutume de Paris, et tout ce que nous avons dit en ce paragraphe, ne concerne que le douaire qui consiste en usufruit, et qu'il n'y a pas lieu à la question lorsque, par la convention, la douairière a la propriété de son douaire. Néanmoins Lemaître prétend que, même en ce cas, la douairière doit donner caution; parce que, dit-il, dans le cas auquel elle se remarierait, elle serait obligée, suivant le second chef, de restituer, après sa mort, aux enfants de son premier mariage, ce qui lui a été donné pour son douaire. Cette opinion de Lemaître me paraît destituée de fondement.

1456. La douairière est obligée d'entretenir les baux à ferme ou à loyer faits par son mari des héritages sujets à son douaire, pourvu qu'il n'y ait ni fraude ni anticipation excessive.	1456. The dowager is bound to maintain the leases made by her husband subject to her dower, provided there has been no fraud nor excessive anticipation.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 457 et autorités sur art. 1457.

---

* 6 *Pothier*, (*Bugnet*), *Douaire*, *n°* 229. } 229. A s'en tenir aux principes de droit, la douairière, lorsqu'elle a renoncé à la communauté, paraît n'être aucunement tenue de l'entretien des baux que son mari a faits des héritages sujets à son douaire. Elle n'en doit pas plus être tenue qu'un acheteur qui a acheté un héritage sans la charge de l'entretien du bail, ou un légataire qui n'en aurait pas été chargé par le testateur.

Il est décidé en droit, que cet acheteur et ce légataire ne sont point tenus d'entretenir le bail d'un simple fermier et d'un simple locataire. La raison est, que le droit qu'un simple locataire ou fermier a de jouir de l'héritage qui lui a été loué ou affermé, n'étant pas un droit qu'il ait dans l'héritage, mais un droit personnel, qui procède uniquement de l'obligation que son bailleur a contractée envers lui, de lui en accorder la jouissance, il ne peut avoir ce droit que vis-à-vis de son bailleur qui a contracté envers lui cette obligation, et vis-à-vis de ceux qui auraient succédé à cette obligation de son bailleur, tels que sont ses héritiers ou autres successeurs universels; mais il ne peut avoir ce droit vis-à-vis de cet acheteur ou de ce légataire, qui n'ont point été chargés de de cette obligation : or, la même raison milite à l'égard d'une douairière qui a renoncé à la communauté : déchargée de toutes les dettes que son mari a contractées durant la communauté, elle n'est point tenue de celles qui résultent des baux à ferme ou à loyer des héritages sujets à son douaire, que son mari a faits durant la communauté.

En vain opposerait-on que les baux que le mari a faits durant le mariage, des héritages propres de sa femme, lorsqu'ils ont été faits sans fraude, obligent la femme, qui est obligée de les entretenir après la mort de son mari, comme nous l'avons vu en notre *Traité de la Puissance du mari.* On en conclut mal qu'elle doit être pareillement tenue de l'entretien des baux des héritages sujets à son douaire. La raison de différence est, que le mari étant, pendant le mariage, l'administrateur de la personne et des biens de sa femme, il est censé faire en cette qualité les baux qu'il fait des héritages propres de sa femme; et, par conséquent, la femme est censée les avoir faits elle-même par le ministère de son mari, de même qu'un mineur est censé faire lui-même ce que son tuteur fait en sa qualité de tuteur, suivant cette maxime de droit : *Le fait du tuteur est celui du mineur.* Il n'en est pas de même des baux que le mari fait de ses héritages sujets au douaire; ces héritages étant les héritages du mari, le mari

fait les baux de ces héritages tant en son propre nom, qu'en son nom de chef de communauté ; la femme, qui a renoncé à la communauté, n'a aucune part à ces baux.

Nonobstant ces raisons, plusieurs pensent que, quoiqu'à s'en tenir à la rigueur des principes, la douairière ne soit pas tenue de l'entretien des baux des héritages sujets à son douaire, néanmoins lorsqu'ils ont été faits de bonne foi, et sans deniers d'entrée, elle doit les entretenir, par une raison de bienséance, qui est que la mémoire de son mari l'oblige à des égards envers les héritiers de son mari ; égards qui ne lui permettent pas de les exposer à des recours de garantie de la part des fermiers et locataires, lorsqu'elle peut, sans beaucoup se préjudicier, entretenir ces baux.

---

* *Pocquet de Livonnière, Règles, Tit. 7, ch. 2, n° 25.* } La Douairiere doit entretenir les baux à ferme et à louage faits par son mari ; mais les baux par elle faits, demeurent résolus du jour de l'extinction du Douaire, en laissant achever l'année commencée, à moins que les propriétaires ne se trouvent héritiers de la Douairiere ; auquel cas ils sont tenus de ses faits, et d'entretenir les baux par elle faits.

Arrêtés de Lamoignon, du Douaire, article 39.

RENUSSON, *du Douaire, chap.* 14.

COQUILLE, *quest.* 156.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit.* 34, *n°* 45. } La douairiere entretiendra les fonds à elle baillés en douaire de toutes réparations, hors les quatre gros murs, des gros murs de refends, escaliers entiers, poutres, voûtes, couvertures entieres, et partie des couvertures lorsqu'il faudra lever les lattes.

---

* 2 *Coquille, Questions et Rép.,* *Quest.* 156, *p.* 289. } Quant à la doüairiere, selon mon advis, il ne faut tenir à l'estroit les baux à ferme qu'elle a faits. Car si elle a baillé les heritages accoustumez à bailler à ferme ou qui par bon mesnage se pouvoient bailler, et pour moyson, ou loyer raisonnable, et pour le temps ordinaire et accoustumé, et elle decede avant le temps finy, le proprietaire successeur doit entretenir le bail pour le temps qui reste. La Coustume de l'an mil cinq cent trente quatre au chapitre *De douaire ;* article neuf semble y estre formelle, qui permet à la doüairiere le bail à temps jusques à neuf ans. Et peut aussi y avoir raison particuliere ; parce que la doüairiere a esté femme du propriétaire, et pour l'honneur du mariage passé, durant lequel deux estoient un par amitié excellente, les actes de la doüairiere doivent estre respectez et tenus en quelque compte par l'heritier du mary.

---

* *Renusson, Douaires,* *ch.* 14, *no* 18 *et s.* } 18. Il y a une seconde difficulté, qui est de sçavoir comment l'année du decès du mari, en laquelle la femme commence à joüir de son douaire, le prix de la ferme se doit partager entre l'heritier du mari et la femme douairiere. Par exemple, chaque année du bail commence au premier Avril, le mari decede le premier jour de Decembre, et la redevance dûë par le Fermier échet le premier Avril ensuivant. Les uns disent que l'heritier doit avoir entierement la redevance dûë par le Fermier, parce que les fruits de l'année étoient entierement recueillis au temps que le mari est décedé ; qu'il ne faut pas considérer le temps auquel le prix de la ferme est dû par le Fermier, mais plûtôt le temps auquel la recolte des fruits est faite ; que le mari étant décedé le premier jour de Decembre, temps auquel la récolte étoit entierement faite, la femme douairiere ne doit rien prétendre dans les fruits de cette année, quoique le temps du payement du prix de la ferme n'échée qu'au premier Avril ensuivant ; que la redevance dûë par le Fermier appartient entierement à l'heritier

du mari et que la douairiere n'y peut pretendre aucune part. On allegue à ce sujet la disposition de la Loy *Defuncta D de usufructu.* Cette Loy parle d'une usufruitiere qui a fait bail de l'heritage dont elle a l'usufruit et qui vient à déceder après la recolte faite par le Fermier, mais auparavant que le terme du payement donné par le bail au Fermier fût écheu. Cette Loy dit que la redevance dûë par le Fermier pour cette année appartient à l'heritier de l'usufruitiere, et que le proprietaire du fonds n'y peut rien prétendre. *Defuncta fructuariâ mense Decembri jam omnibus fructibus qui inhis agris nascuntur mense Octobri per colonos sublatis, quæsitum est utrum pensio hæredi fructuariæ solvi deberet, quamvis fructuaria ante Calendas Martias quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter hæredem fructuariæ, et rempublicam cui proprietas legata est? Respondi rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariæ vero hæredem sua die, secundùm ea quæ proponerentur integram pensionem percepturum.* On allegue que la Loy 13. *D. quibus modis ususfructus vel usus amittitur.* Cette Loy dit que les fruits coupez, supposé qu'ils fussent encore sur le lieu, appartiennent à l'heritier de l'usufruitier, et que les fruits qui ne sont pas coupez au temps du decès de l'usufruitier appartiennent au proprietaire du fond. *Si fructuarius messem fecit et decessit, stipulam quæ in messe jacet hæredis ejus esse Labeo ait, spicam quæ terra teneatur domini feudi esse.* Pour confirmer cela on allegue aussi la Coustume de Paris ; cette Coustume après avoir dit par l'article 228. *Le mari peut faire baux à loyer des heritages propres de sa femme,* dit en l'article 231. *Les fruits des heritages propres pendans par les racines au temps du trépas de l'un des conjoints appartiennent à celui auquel advient l'heritage ;* ce qui sert pour monstrer qu'il ne faut pas considerer l'écheance du payement qui se doit faire par le Fermier du prix de sa ferme, mais la récolte des fruits.

19. D'autres disent, lorsqu'il y a un Fermier que la redevance de l'année par lui dûë se doit partager entre l'heritier du mari et la veuve douairiere, à proportion du temps : Par

exemple, l'année du bail commençant au premier Avril et le mari étant decedé le premier decembre, il y a huit mois du vivant du mari, qui font les deux tiers de l'année ; l'heritier du mari doit avoir les deux tiers de la redevance dûë par le Fermier, et la femme douairiere doit seulement avoir l'autre tiers pour les quatre mois qui ont couru depuis le premier Decembre jour du decès du mari, jusques au premier Avril jour auquel la redevance doit être païée par le Fermier; qu'il faut suivre en cela l'exemple qui est en la Loy *Divortio D. soluto matrimonio*, entre le mari et la femme à proportion du temps : *Divortio facto fructus dividi ait, habitâ ratione præcedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit;* que ce n'est pas la recolte des fruits qui doit regler ce qui appartient à la femme douairiere dans la redevance dûë par le Fermier; qu'il faut seulement considerer ce qui est dû par le Fermier, et partager entre le Fermier du mari et la femme douairiere la redevance de l'année; autrement qu'il y auroit de l'embarras, si le decès du mari arrivoit dans un temps qu'il n'y a que partie des fruits recueillis et qu'il en reste partie pendant par les racines, il faudroit faire une estimation des fruits qui auroient été coupez et de ceux qui seroient pendans par les racines, par rapport au prix de la ferme; cela seroit de grande discussion et causeroit des Procès qu'il faut éviter, qu'il est plus expédient de partager le prix de la ferme à proportion du temps.

20. D'autres disent qu'il est bien vrai que la redevance de l'année dûë par le Fermier se doit partager à proportion du temps, entre l'heritier du mari et la veuve douairiere; mais qu'il ne faut pas considerer l'année du bail et l'écheance du payement que le Fermier doit faire du prix de sa ferme, c'est un délai qu'on donne au Fermier pour payer le prix de sa ferme : que cela ne regle pas le droit de l'heritier du mari et le droit de la veuve douairiere, que cela ne regarde que le Fermier : que s'agissant de regler ce qui leur peut appartenir à chacun dans les fruits de l'année en laquelle le mari est décedé, il faut considerer l'année suivant son cours ordi-

naire et naturel, à commencer du premier Janvier, parce que c'est le temps auquel la nature se renouvelle à nôtre égard par le retour du Soleil qui anime les plantes et produit les fruits : que c'est ainsi qu'on doit regler les fruits de l'année entre l'heritier du mari et la veuve douairiere à proportion, à commencer l'année du premier jour de Janvier : que le mari étant decedé le premier Decembre, il ne restoit qu'un mois de l'année, que l'heritier du mari doit avoir onze parts dans le prix de la redevance dûë par le Fermier, les douze faisant le tout, et la veuve douairiere doit avoir seulement un douziéme : que cela s'observe de la sorte par les Benefices lorsque le titulaire vient à deceder, les fruits de l'année se partagent entre l'heritier du possesseur decedé et son successeur à proportion du temps, commençant l'année au premier Janvier. Il y en a un Arrest rendu le 24. Aoust 1587. sur les conclusions de Monsieur le Procureur General entre Geoffroi de Billy d'une part et Monsieur le Cardinal de Bourbon d'autre part : par lequel Arrest on ordonna que les fruits des Abbaïes de Saint Michel en Lair et de Nôtre-Dame des Chasteliers seroient Partagez entr'eux à proportion du temps, eu égard à l'année entiere, commençant le premier Janvier, jusques au jour de decès du possesseur ; et que le successeur y participeroit à proportion pour le temps, depuis le decès du possesseur jusques au dernier jour de Decembre, qui fait la fin de l'année. Lequel Arrest est rapporté par Me Jean Tournet sur l'article 231. de la Coustume de Paris.

21. Resolvant ces difficultez il semble qu'il est expedient et raisonnable de dire la redevance dûë par le Fermier, de l'année en laquelle arrive le decès du mari, doit être divisée et partagée entre l'heritier du mari et la femme douairiere à proportion du temps, et qu'on ne doit point considérer quels fruits étoient coupez sur l'heritage sujet au douaire et quels fruits y restoient pendans par les racines, ni en faire une estimation eu égard au prix de la ferme ; la redevance dûë par le Fermier doit être divisée et partagée purement et

[ARTICLE 1457.]

simplement, l'heritier du mari et la femme douairiere y doivent participer à proportion du tems ; sçavoir, l'heritier du mari pour le temps qui a couru du vivant du mari, et la femme douairiere depuis le decès du mari, considerant l'année par rapport au bail et à l'écheance du payement : car puisque le bail fait par le mari de bonne foy et sans fraude doit être entretenu par la femme douairiere comme il a esté dit, il y a necessité de suivre l'année du bail, et partager la redevance dûë par le Fermier à proportion du temps ; il ne faut pas suivre ce qui se pratique pour le partage des fruits des Benefices entre l'heritier du possesseur decedé et son successeur, en commençant l'année au premier Janvier ; il y a difference à faire, le bail qui a esté fait par le possesseur du Benefice ne subsiste plus si-tôt qu'il est decedé, il n'a droit au Benefice que pendant sa vie ; mais le bail fait par le mari de ses heritages subsistant après son decès et étant entretenu par la femme douairiere, il faut s'arrester au bail.

1457. Ceux qu'elle a faits pendant sa jouissance expirent avec son usufruit ; cependant le fermier ou le locataire a droit et peut être contraint de continuer son occupation pendant le reste de l'année commencée à l'expiration de l'usufruit, à la charge d'en payer le loyer au propriétaire.

1457. Leases made by her during the term of her enjoyment expire with her usufruct ; nevertheless, the farmer or lessee has a right, and may be obliged, to continue in occupation during tbe remainder of the year which had begun when the usufruct expired, subject to the payment of the rent to the owner.

Voy. autorités sur arts. 456 et suiv., et 1456.

[ARTICLE 1458.]

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *n°* 279. } 279. La douairière, en entrant en jouissance des héritages dont elle jouit pour son douaire, ayant contracté l'obligation d'en jouir en bon père de famille, et par conséquent de les entretenir de réparations, il naît de cette obligation une action qu'a l'héritier du mari propriétaire de ces héritages, contre les héritiers de la douairière, pour les obliger à les faire.

Ils ne sont ordinairement tenus que des réparations d'entretien, et non des grosses réparations qui se trouvent à faire. Néanmoins si les grosses réparations qui se trouvent à faire, ont été occasionnées par le défaut d'entretien, et proviennent par conséquent de la faute de la douairière, ils en seront aussi tenus.

---

* *Renusson*, *Douaire*, *ch.* 3, *n°* 76. } On demande si le mari qui possede des heritages au tems de son mariage, les a baillé depuis et pendant son mariage à rente annuelle et perpétuelle, la femme aprés le decés de son mari y prenant son douaire, a droit d'en jouir par elle-même, nonobstant la baillée à rente, ou si elle doit se contenter de joüir de la rente pour son douaire ? On pourra dire que la femme a droit de joüir de l'heritage, nonobstant la baillée à rente ; que son mari n'a pas pû la priver de cette joüissance ; que la femme pour son douaire ou ses enfants douairiers ne sont pas obligez de se contenter de la rente, qu'un heritage baillé à rente est aliené ; neanmoins si la baillée à rente n'est pas suspecte de fraude et n'a pas été faite à vil prix, il semble raisonnable de dire que la femme ou ses enfans douairiers ne doivent pas troubler le preneur et qu'ils se doivent contenter de la rente.

1458. La douairière, comme tout autre usufruitier, est tenue de toutes les charges ordinaires et ex-	1458. The dowager, like any other usufructuary, is liable for all the ordinary or extraordinary

traordinaires dont est grevé l'immeuble sujet au douaire, ou qui peuvent y être imposées pendant sa jouissance, ainsi qu'exposé au titre *De l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation.*

charges which affect the immoveable subject to dower, or which may be imposed upon it during the term of her enjoyment, as set forth in the title *Of Usufruct, of Use and Habitation.*

---

* 6 *Pothier*, (*Bugnet*), *Douaire*, *n°* 230. } 230. La douairière, de même que tous les autres usufruitiers, est chargée d'acquitter les charges foncières des héritages dont elle jouit par usufruit, qui échoient pendant tout le temps que dure son usufruit.

Elle est tenue non-seulement des charges annuelles et ordinaires, telles que sont les arrérages de cens, de rentes foncières, les champarts, la dîme, elle est pareillement tenue des extraordinaires, telles que sont les tailles d'église, celles pour la réfection des pavés, celles qu'on impose sur les maisons de ville d'un certain quartier, pour la réfection du puits ou de la fontaine de ce quartier; les dixièmes, les vingtièmes, et autres impositions de pareille nature. Cela est conforme à ce qui est décidé en la loi 28, ff. *de Usufr. leg.*, qui dit: *Si indictiones temporariæ indictæ sint... hoc onus ad fructuarium pertinet;* L. 27, § 3, ff. *de Usufr.*

---

* *Renusson*, *Douaire*, *ch.* 8, *nos* 2 *et* 8. } La femme douairiere qui a droit de joüir de la moitié des heritages de son mari sujets au Douaire coustumier, est tenuë de les entretenir, et ils doivent estre rendus après le decès de la femme en bon état aux heritiers de son mari; c'est pourquoy quand elle entre en joüissance après le decès de son mary elle a interest qu'ils lui soient mis en bon état par les heritiers de son mari, ou de faire dresser Procès verbal de l'état auquel

ils sont, afin qu'après son decès on ne puisse pas obliger ses heritiers de les rendre qu'au même état qu'ils se sont trouvez après le decès de son mari : autrement si elle ne fait point faire de Procès verbal de l'état des lieux, et qu'elle entre en possession purement et simplement ; on presumera qu'ils lui auront été baillez en bon état et qu'elle s'en est contentée, et on pourra obliger ses heritiers après son decès de les mettre en bon état. La coustume de Paris et l'article 262. dit : *La femme qui prend douaire coustumier est tenue entretenir les heritages de reparations viageres, qui sont toutes reparations d'entretenemens, etc.*

La femme qui jouit de la moitié des heritages sujets au Douaire est tenue pendant la jouissance de son Douaire, d'acquitter moitié des arrerages des rentes et des dettes passives immobilieres, créées par le mari avant leur mariage : la raison est, que comme la femme prend Douaire sur les rentes constituées, et droits immobiliers appartenans à son mari avant son mariage, et qu'elle a droit d'en jouir pour moitié, à cause de son Douaire coustumier ; il est juste aussi qu'elle acquitte, pendant que son Douaire a cours, la moitié des arrerages des rentes et dettes passives immobilieres créées par le mari avant le mariage, s'il y en a, à commencer du jour du decès du mari. Nous parlons des dettes créées avant le mariage, c'est-à-dire, avant le Contrat de mariage, quand il y a Contrat de mariage ; car les rentes et dettes immobilieres, créées par le mari depuis le Contrat de mariage, sont considérées comme contractées pendant le mariage ; la femme n'en est pas tenue, à cause de son Douaire : la raison est qu'il ne doit pas être permis au futur époux, après avoir passé Contrat de mariage et avoir reglé et fait ses conventions, avec sa future épouse, de lui faire prejudice en contractant des dettes depuis son contrat de mariage ; il ne lui doit pas être permis dans l'entre-tems du contrat de mariage et de la celebration du mariage de diminuer son Douaire, il ne lui doit pas être permis de donner atteinte aux droits de la future épouse, qui ont été reglez par son contrat.

de mariage, ni de diminuer ses droits, ni de lui imposer des charges en contractant des dettes passives immobilieres.

---

* *Loysel* (*Laurière et Dupin*), *Int. Cout. Liv.* 1, *Tit.* 3, *Des Douaires*, *n°* 18. } 153. Douairière doit entretenir les lieux, de toutes réparations viagères qu'on dit d'entretenement, contribuer au ban et arrière-ban, et payer les autres charges et rentes foncières ordinaires, mais non les constituées pendant le mariage : celles d'auparavant diminuant autant le douaire.

V. l'art. 262 de la coutume de Paris, avec la conférence; les art. 145 et 146 de la coutume de Péronne; l'art. 20 de la coutume d'Anjou, et de Renusson, dans son *Traité du Douaire*, chap. 8.

---

* *Pocquet de Livonnière*, *Règles*, *Tit.* 7, *ch.* 2, *n°* 26. } La douairiere est tenue d'acquitter les cens, rentes, et autres charges fonciéres dûes sur les héritages de son Douaire pendant le temps de sa jouissance.

Arrêtés de Lamoignon, *ibid. art.* 32.

RENUSSON, *du Douaire.*

LOYSEL, *titre du Douaire*, *Reg.* 18.

---

* *Lamoignon*, *Recueil des Arrêtés*, *Tit.* 34, *n°* 42. } La douairiere est tenue d'acquitter les cens, rentes, champarts, terrage, dixmes, et autres charges foncieres, imposées sur le fonds qui lui a été baillé en douaire; mais l'héritier est tenu d'acquitter la douairiere des droits de ban et arriere-ban, franc fiefs, et nouveaux acquêts.

---

* 2 *Prevost de la Jannès*, *Douaire*, *n°* 398. } 398. La femme douairiere, ainsi que tous les autres usufruitiers, est tenue de toutes les charges réelles des héritages, lesquelles

échéent pendant le temps de sa jouissance pour la portion dont elle en jouit.

Elle est donc tenue non-seulement des charges annuelles et ordinaires telles que sont la dixme, les champarts, les arrérages des cens et rentes foncieres ; mais encore des extraordinaires, telles que les Tailles d'Eglise, les taxes pour le ban, arriere-ban, etc.

---

* *Lacombe*, *Recueil*, *v. Douaire*, *sec.* 5. } *V.* Ren. du douaire, ch. 8. 1. Quant aux réparations, si les édifices sont tombés de vieillesse ou péris par le feu, avant ou depuis l'ouverture du douaire, les héritiers ne sont point tenus de les relever, *arg. l.* 65. §. 1. *et usufr. et quemadm.* le Br. des succ. liv. 2. ch. 5. dist. 2. n. 37. de même s'ils sont tombés par la négligence du mari ; mais si c'est par son fait ou par mauvaise volonté, il est dû récompense, le Br. *eod.* n. 38 et 39. *v.* Meaux 6. Troyes 86. Tours 334. qui obligent seulement la douairiere à entretenir les héritages en l'état qu'elle les trouve.

Si le mari, de son vivant, a rebâti les bâtiments tombés de vieillesse, ou par accident, le douaire s'y prend tels qu'ils sont, *arg. l.* 58. *de usufr. et quemadm. et l.* 32. §. 5. *de usu et usufr. et redit.* sans récompense des nouvelles constructions, améliorations et réparations, Morn. part. 5. ch. 116. *v. supr.* sect. 2. n. 19 et 20. même si depuis l'ouverture du douaire l'héritier a rebâti volontairement, il doit souffrir que la douairiere en jouisse, *l.* 7. §. 2. *de usufr. et quemadm.* le Br. *eod.* n. 33. *v. supr.* sect. 2. n. 28. *v.* Habitation, n. 4.

Pour sçavoir de quelles réparations la veuve et les héritiers sont tenus, *v.* Paris 262. *v.* Melun 242. qui s'explique mieux, et distingue par rapport aux cheminées, si elles sont contre cloison ou contre gros murs ; mais *v.* Bourbon. 252. et Nivern. ch. 24. art. 4, qui disent indistinctement, que les cheminées sont censées gros murs ; quant aux poutres, elles sont partout à la charge des héritiers, *v.* Melun, Paris, Nivern. *eod.*

[ARTICLE 1459.]

2. Quant aux charges foncieres, la douairiere est tenue des arrérages de son temps, Melun 242. Droit commun, de même des rentes constituées, créées avant le mariage, ou avant le contrat de mariage, s'il y en a un, Ren. n. 8. *Secùs*, si elles ont été créées depuis le contrat même avant la célébration, Ar. 17 Mars 1618. Bourg. D. 17. Ren. n. 9.

3. Il n'y a que les dettes passives immobiliaires créées avant le mariage ou le contrat, qui diminuent le douaire, Auz. sur Paris 250. Chop. Ren. n. 17. 18. même le douaire conventionnel en usufruit d'immeubles *per modum quotæ*, Sentence en la deuxiéme Chambre des Requêtes du Palais, du Jeudi 16 Mars 1747, en faveur de l'enfant du premier lit du sieur du Fresne, Trésorier de France, plaidans Mes. du Vaudier et Simon, confirmée par Ar. du Vendredi 12 Janvier 1748. sur les concl. de M Joly de Fleury, plaidans Mes. du Vaudier et d'Outremont. *Nota*, il y avoit séparation de biens par le contrat de mariage, et stipulation que chacun paieroit ses dettes contractées avant icelui. *Secùs*, des dettes passives mobiliaires créées avant le mariage, quand même elles excéderoient la valeur de la moitié des biens, Ren. n. 20. 21.

1459. Elle n'est tenue que des réparations d'entretien; les grosses demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par la faute ou la négligence de la douairière.

1459. She is liable only for the lesser repairs; for the greater repairs, the owner remains liable, unless they have been necessitated by the fault or negligence of the dowager.

Voy. autorités citées sur arts. 1456-8 et *C. C. B. C.*, arts. 468 et suiv.

* *Pocquet de Livonnière,* } La Douairiere doit entretenir de
n° 27. } moyennes et menues réparations les fonds qui lui ont été délivrés pour son Douaire.

Paris, art. 262.

Arrêtés de Lamoignon, du Douaire, article 40.

Anjou, art. 311. *Maine, art.* 314.

LOYSEL, *du Douaire, Regle* 18.

---

* 6 *Pothier,* (*Bugnet*), *Douaire,* } 237. La charge des répa-
n° 237. } rations d'entretien qui surviennent à faire aux héritages dont la douairière jouit en usufruit pendant le cours de son usufruit, est pareillement une charge de l'usufruit de la douairière, qui lui est commune avec tous les autres usufruitiers : *Eum ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus præstare debere explorati juris est ;* L. 7, Cod. *de Usufr.*

Cette charge de réparations comprend non-seulement celles qui sont à faire à des bâtiments, mais généralement toutes les réparations d'entretien qui sont à faire aux héritages dont quelqu'un jouit en usufruit, de quelque nature que soient ces héritages, telles que sont le curage des fossés qui environnent les terres, les réparations qui sont à faire à la chaussée ou à la bonde d'un étang, l'entretien d'une digue, etc.

La douairière et les autres usufruitiers peuvent-ils se décharger des réparations qui se trouvent à faire pendant le temps de leur usufruit, en offrant d'abandonner leur usufruit ?

Ulpien décide que l'usufruitier est reçu à cet abandon : *Quum fructuarius paratus est usumfructum derelinquere, non est cogendus domum reficere, in quibus casibus usufructuario hoc onus incumbit;* L. 64, ff. *de Usufr.*—Paul décide la même chose : *Si absente fructuario, hæres quasi negotium ejus gerens reficiat, negotiorum gestorum actionem adversùs fructuarium habet : tametsi sibi in futurum hæres prospiceret ; sed si paratus*

sit recedere ab usufructu, non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorum liberatur; L. 48, ff. *eod. tit.*

Cela doit s'entendre avec cette limitation, que l'usufruitier n'est reçu à se décharger des réparations en abandonnant son usufruit, qu'autant qu'elles ne procéderaient pas de son fait: *Quum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licèt usumfructum derelinquere paratus sit*; L. 65, ff. *eod. tit.*

Ce principe, qu'un usufruitier peut se décharger des réparations en abandonnant son usufruit, est conforme à un principe général, que celui qui est tenu d'une charge à cause d'une chose, peut, en abandonnant la chose, se décharger de la charge.

Cet abandon auquel est reçu un usufruitier pour se décharger des réparations survenues pendant le temps de sa jouissance, doit s'entendre de l'abandon de son usufruit, non-seulement pour l'avenir, mais même pour le passé; c'est-à-dire qu'il doit compter des fruits qu'il a perçus; les réparations qui se trouvent à faire en étant des charges (1).

(1) Pour justifier cette décision on dit qu'il s'agit ici d'une charge à *cause de la chose*, que cette charge ne pèse directement que sur le fonds et ne suit que le fonds; c'est l'héritage qui doit et non pas la personne, en sorte que si celui qui jouit de l'immeuble peut être contraint à faire la prestation de la charge, c'est parce qu'il possède et en tant qu'il possède le fonds qui en est grevé, donc cette charge ne peut plus exister dès qu'il a cessé de jouir et qu'il n'existe plus d'usufruit. Voilà sans doute un raisonnement péremptoire pour les réparations dont la cause est postérieure à l'abandon fait par l'usufruitier; mais il nous frappe beaucoup moins en ce qui concerne les réparations qui se trouvent à faire pendant le temps de l'usufruit: n'y a-t-il pas dans ce cas un acquiescement de l'usufruitier à supporter personnellement les charges d'entretien et autres charges annuelles tant qu'il n'a pas abandonné sa jouissance? Cette volonté, au moins tacite, ne constitue t-elle pas un quasi-contrat qui rendrait l'usufruitier personnellement débiteur? Pourquoi, par un abandon rétroactif des fruits, lui permettre de se soustraire à des charges qui étaient la conséquence légale de sa continuation volontaire de jouissance; charges qu'il a conséquemment acceptées? (BUGNET).

[ARTICLE 1460.]

Si l'usufruitier avait fait toutes les réparations qui étaient à faire, et qu'il voulût seulement se décharger de celles qui surviendraient à l'avenir, il ne serait obligé d'abandonner son usufruit que pour l'avenir.

---

* *Cout. de Paris*, *art.* 262. } La femme qui prend son Doüaire coûtumier, est tenuë entretenir les héritages de reparations viageres, qui sont toutes reparations d'entretenement, hors les quatre gros murs, poutres, et entieres couvertures et voûtes.

1460. La femme douairière, comme tout autre usufruitier, prend les choses sujettes au douaire dans l'état où elles se trouvent lors de l'ouverture.

Il en est de même des enfants douairiers quant à la propriété, dans le cas où l'usufruit de la femme n'a pas lieu.

S'ils ne la prennent qu'après l'usufruit expiré, ou si alors il n'y a pas d'enfants douairiers, la succession de la femme est tenue, au premier cas envers les douairiers, et au second cas envers les héritiers du mari, d'après les règles qui concernent la

1460. The dowager, like every other usufructuary, takes the things which are subject to the dower in the condition in which they are at the time of the opening.

The same rule applies to the dowable children, as regards the property itself, in cases where the usufruct of the wife does not take place.

If they do not take the property until after the expiration of the usufruct, or if at that time there be no dowable children, the succession of the wife is answerable, in the first case to such children, and in the second case to the heirs of the husband, ac-

jouissance et les obligations de l'usufruitier à titre particulier.

cording to the rules which relate to the enjoyment and the obligations of the usufructuary under particular title.

---

* *ff. Liv.* 7, *Tit.* 1, *De usuf.*, *et quem. L.* 65. } Sed cùm fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licét usumfructum derelinquere paratus sit : debet enim omne quod diligens pater familias in sua domo facit, et ipse facere. (POMPONIUS.)

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Mais l'usufruitier est toujours tenu de réparer ce qui a été dégradé par sa faute ou celle des siens ; ainsi les offres qu'il ferait en pareil cas d'abandonner, ne pourraient pas opérer son absolution : car il doit faire à l'égard de la chose dont il a l'usufruit, tout ce qu'un bon père de famille ferait pour conserver la sienne. (POMPONIUS.)

---

* *ff. Liv.* 33, *Tit.* 2, *De usu et usuf.*, *L.* 12. } Heres in fundo, cujus ususfructus legatus est, villam posuit. Eam invito fructuario demolire non potest : nihilo magis, quàm si quam arborem posuisset, ex fundo is evellere vellet : sed si antequàm usufructarius prohibuerit, demolierit, impunè facturum. (ALFENUS VARUS.)

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Un héritier a bâti une maison de campagne dans un fonds de la succession dont l'usufruit a été légué à quelqu'un. Il ne peut point la démolir malgré l'usufruitier ; de même qu'il ne pourrait pas arracher un arbre qu'il y aurait planté ; mais s'il a démoli la maison avant que l'usufruitier s'y opposât, il l'aura fait impunément. (ALFENUS VARUS.)

[ARTICLE 1460.]

Voy. *Merlin*, cité sur arts. 454, 457 ; *Argou*, cité sur art. 1454 et autorités sur art. 1458 et *C. C. B. C.*, arts. 455 à 476.

---

* 2 *Prevost de la Jannès, Douaire*, *p.* 123-4. } 400. C'est aussi une charge du douaire, comme de tout autre usufruit, que la douairiere soit tenue pour la portion dont elle jouit, d'entretenir de toutes réparations viageres, les héritages sujets au douaire.

A l'égard des réparations d'entretien, qui étoient à faire lors de l'ouverture du douaire ; c'est aux héritiers du mari à les faire, parce que le mari n'a pas dû en négligeant d'entretenir ses héritages sujets au douaire, détériorer la cause du douaire.

Les grosses réparations quoique survenues pendant le cours du douaire, ne sont point à la charge de la douairière, si elles ne sont survenues par sa faute, et par sa négligence à conserver les héritages en bon état ; elle ne peut néanmoins forcer les héritiers à les faire : mais si elle les fait, elle pourra les répéter après l'usufruit fini.

Les grosses réparations différent des viageres dont la douairiere est tenue, en ce que les viageres ont coutume de ne pas excéder pour leur durée le tems ordinaire de la vie d'un homme, au lieu que les grosses durent bien au-delà.

Les coutumes de Paris et d'Orléans déclarent que les grosses réparations sont les quatre gros murs des Maisons, les voûtes et les couvertures, lorsqu'elles sont à rétablir en entier.

Les réparations de tous les autres corps d'héritages, comme des Moulins et Vignes, sont toutes réparations d'entretien, dont la douairière est tenue.

---

* 17 *Guyot*, *Rép.*, v° *Douaire*, *p.* 393-4-5. } Les obligations de l'usufruitier sont de deux sortes ; les unes concernent la mise en possession, et les autres sont relatives au tems où il jouit.

[ARTICLE 1460.]

Par rapport à la mise en possession, il y a deux choses à observer.

La première, que tout usufruitier doit, avant d'entrer en jouissance, faire dresser un inventaire de toutes les choses comprises dans son usufruit, afin qu'on sçache d'une manière légale et certaine, ce qu'il devra restituer dans la suite au propriétaire.

La seconde, qu'il doit donner caution d'user des biens en père de famille, si ce sont des immeubles; de les rendre en l'état où ils se trouveront, non détériorés par son dol ni par sa faute, si ce sont des meubles ordinaires, et de restituer l'équivalent de l'estimation qui en est faite par l'inventaire, si ce sont des choses sujettes à se consumer par l'usage.

Les obligations de l'usufruitier, qui ont rapport à la jouissance, sont toutes comprises dans une seule, celle d'user des biens en bon père de famille.

Ainsi l'usufruitier doit s'abstenir sévèrement de tout ce qui peut détériorer les biens.

Il ne lui est pas permis, par exemple, de changer la destination d'un bâtiment, et de convertir une maison ordinaire en hôtellerie.

Il ne peut pas non plus laisser en friche des fonds qui sont de nature à être cultivés.

Il ne peut pas élever un toit sur des murs où il n'y en avoit point avant la constitution de son Usufruit, parce que, dit la loi, autre chose est de garder ce qu'on a reçu, autre chose de faire du nouveau. *Aliud est tueri quod accepisse, an novum facere.*

Il ne peut pas changer les allées et avenues en jardins ou fonds labourables, ni d'une chambre en faire deux, ou de deux une, ni changer l'entrée ou le vestibule de la maison.

Il ne peut pas même achever un édifice commencé par le propriétaire, à moins qu'on ne le lui ait permis expressément par l'acte constitutif de son droit.

En un mot, il ne peut ni augmenter la chose, ni en rien retrancher, pas même sous prétexte d'amélioration.

[ARTICLE 1460.]

Il doit se conformer dans sa jouissance à toutes les conventions qui affectent la chose, et remplir toutes les conditions sous lesquelles elle a été acquise au propriétaire. Ainsi, quand un tiers a une servitude sur le fonds dont il a l'Usufruit, il faut qu'il l'en laisse jouir.

Lorsqu'il se trouve un plantis sur le fonds, l'usufruitier est tenu de remplacer les arbres qui viennent à mourir, et alors les corps de ceux-ci lui appartiennent.

Il en est autrement des arbres qui ont été arrachés ou brisés par un ouragan : il n'est point obligé d'en planter d'autres à la place.

L'usufruitier d'un troupeau est tenu, lorsqu'une bête meurt ou devient inutile, de lui en substituer une autre du croît du troupeau même.

Mais s'il n'y a point de croît, l'usufruitier n'est pas obligé au remplacement, parce que, quoiqu'en dise Accurse sur le §. 38, *de rerum divisione*, aux institutes, toutes les lois qui parlent de ce remplacement déclarent en termes formels qu'il doit être fait du croît, *ex agnatis*.

L'obligation de remplacer les bêtes mortes ou inutiles, même du croît des autres, n'a pas lieu quand l'Usufruit n'affecte point une universalité, mais seulement un nombre certain de bêtes.

L'usufruitier est responsable des détériorations qui proviennent de son dol, de sa faute ou de sa négligence. Ainsi laisse-t-il prescrire une servitude faute d'en user ? Il faut qu'il en dédommage le propriétaire.

Lorsque la détérioration ne provient que de l'usage qu'il a fait de la chose, il n'est tenu à aucune indemnité, quoiqu'il ait donné caution de rendre cette chose à la fin de son Usufruit.

---

* 35 *Merlin*, *Rép.*, v° *Usufruit*, § 2. } I. Les obligations de l'usufruitier sont de deux sortes : les unes concernent sa mise en possession, les autres se réfèrent au temps pendant lequel il jouit.

[ARTICLE 1461.]

II. Par rapport à la mise en possession, il y a deux choses à observer.

1° Tout usufruitier doit, avant d'entrer en jouissance, faire dresser un inventaire de toutes les choses comprises dans son Usufruit, afin qu'on sache, d'une manière légale et certaine, ce qu'il devra restituer dans la suite au propriétaire. (Loi 1, § 4, D. *usufructuarius quemadmodùm caveat*).

" L'usufruitier (porte l'art. 600 du Code civil) prend les " choses dans l'état où elles sont ; mais il ne peut entrer en " jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du pro- " priétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles, " et un état des immeubles sujets à l'Usufruit."

2° L'usufruitier doit donner caution d'user des biens en bon père de famille, si ce sont des immeubles ; de les rendre dans l'état où ils se trouveront, non détériorés par son dol ni par sa faute, si ce sont des meubles ordinaires ; et de restituer l'équivalent de l'estimation qui en est faite par l'inventaire, si ce sont des choses sujettes à consommer par l'usage. (Loi 1, D. *usufructuarius quemadmodum caveat ;* loi 13, D. *de Usufructu ;* loi 4, C. *eod. tit. ;* §. 3, Inst. *de Usufructu*).

1461. Si, néanmoins, pendant le mariage, des augmentations notables ont été faites à la chose, la femme n'en profite qu'en rapportant la plus-value, si son douaire est en propriété, et l'intérêt de cette plus-value, s'il est en usufruit.

Elle a droit toutefois de demander que ces augmen-

1461. If nevertheless, during the marriage, considerable additions have been made to the thing, the wife cannot enjoy them without paying the excess of value, if her dower consist in ownership, or the interest of such excess, if it be in usufruct.

She may however demand the removal of such

tations soient enlevées, si elles peuvent l'être avec avantage et sans détérioration à la chose.

Si elles ne peuvent être ainsi enlevées, la femme peut, aux fins du rapport, obtenir la licitation.

Les enfants douairiers qui prennent la propriété sans que la mère ait eu l'usufruit, sont dans la même position qu'elle quant aux augmentations.

Si pendant le mariage, des détériorations ont eu lieu sur la chose affectée au douaire, au profit du mari ou de la communauté, il est dû récompense à la femme et aux enfants qui se portent douairiers.

additions if it can be effected with advantage and without deteriorating the thing.

If they cannot be removed, the wife may, for the purpose of paying the excess of the value, obtain a licitation.

Dowable children who take the property without their mother having had the usufruct of it, fall under the same rules with regard to such additions.

If during the marriage, the thing subject to dower have suffered deterioration, to the benefit of the husband or of the community, the wife and the children who claim dower are entitled to compensation.

Voy. *Pothier*, *Douaire*, cité sur art. 468 et *C. C. B. C.*, art. 582 et *Lemaistre*, cité sur art. 1463.

---

* 1 *Duplessis*, *Douaire*, ch. 3, sec. 4, p. 249. } La femme pour son douaire n'est tenuë d'aucunes dettes du mari, ni de la communauté. Elle peut bien être convenuë hypotequairement, à cause du douaire coutumier, par les créanciers antérieurs au Contrat du mariage, mais la succession du mari est tenuë de l'en acquitter ; si ce n'est que nous avons observé

ci-dessus, qu'il y a quelques dettes qui diminuent le douaire : pour ce qui est des postérieurs, ils peuvent bien faire décreter les héritages du douaire, lorsqu'il n'y a point d'enfans douairiers ; mais ce ne peut être qu'à la charge du douaire, ou usufruit de la femme ; de sorte que pendant les criées, il n'y aura point de bail judiciaire à faire.

Il y a une seule charge du douaire, mais qui n'est que du coutumier, ou du préfix en héritages ; ce sont les réparations, et on en distingue de deux sortes, sçavoir les réparations de rétablissement, et celles d'entretenement, que l'on appelle viageres.

Les réparations de rétablissement sont les quatre gros murs, les poutres, les voutes et couvertures entieres.

Et les réparations viageres sont toutes les autres, à l'exception de celles-là.

A l'égard des réparations viageres, la veuve et douairiere est chargée de toutes, et tenuë de restituer le fonds en bon état de ces réparations, sans distinguer de quelle maniere elles sont arrivées.

Sçavoir, si elle est tenuë de celles qui sont à faire lors de l'ouverture du douaire, ou s'il faut lui bailler le fonds en bon état de ces réparations, afin qu'elle soit tenuë de les entretenir, et rendre en pareil état, à cause du mot *entretenir*, qui est dans l'article : je croirois même qu'elle serait tenuë de celles-là, et néanmoins j'y trouve grande difficulté.

Mais à l'égard des réparations de rétablissement, elle n'en est point chargée si ce n'étoit qu'elles fussent arrivées par sa faute, auquel cas elle en seroit tenuë envers l'heritier.

Sçavoir, si celles-là étant arrivées durant la jouissance du douaire, par vieillesse, ou force majeure, l'heritier du mari est tenu de les rétablir pour faire jouir la veuve de son douaire, et si elle en a action contre lui. Tournet rapporte un Arrêt du 31. Mars 1553. par lequel il dit la négative avoir été jugée ; parce que c'est une perte commune, qui tombe également sur l'usufruit et sur la propriété, ce premier étant constamment une portion distraite de la derniere.

Mais la question est plus douteuse, sçavoir, si ces réparations étant arrivées du vivant du mari, l'héritier est tenu de les rétablir à l'ouverture du douaire, pour le fournir entier à la femme : car elles sont d'un tems où il n'en a rien pû tomber sur elle, et le douaire est une pure dette, ayant son principe dans le Contrat de mariage, et non point un simple titre lucratif ? J'inclineroïs fort pour la négative, quoique je reconnoisse que la décision en est fort ambiguë.

On pourroit soutenir que la femme ne seroit tenuë des réparations viageres du douaire, que jusqu'à la concurrence des fruits, si elle en vouloit rendre compte, si ce n'étoit qu'il y eût de son fait.

Au reste, l'habitation n'est point duë à la femme, si elle n'est stipulée, quoi qu'elle n'ait qu'un douaire préfix, si en la stipulant, on ne l'a point désignée, mais seulement mis en termes généraux, qu'elle aura son habitation, elle n'aura ni le meilleur Hôtel, ni le pire, mais entre-deux.

Et s'il ne se trouvoit point de maison dans la succession, les heritiers seront tenus de lui en loüer et fournir une à leurs dépens, conforme à sa qualité.

---

* 3 *Ferrière*, *Grande Cout. de Paris*, *Tit. onze*, *art.* 262, *p.* 906. } La doüairiere peut être contrainte par l'heritier de faire refaire les réparations menuës et viageres, suivant les Loix citées cy-dessus ; dautant que ne réparer pas, c'est détoriorer.

Elle est tenuë des dommages causez par son fermier dans les heritages, dont elle joüit en vertu de son Doüaire ; ce qui ne souffre point de difficulté ; et dans les Coûtumes où elle est privée de son Doüaire pour malversation, elle n'est tenuë que des dommages et interêts envers l'heritier pour les déteriorations faites par son fermier, sauf à elle l'action contre luy, pour l'indemniser des pertes qu'il pourroit luy avoir causées, comme il a été jugé par Arrest du 15. Janvier 1583. cité cy-

dessus ; c'est le sentiment de Chopin sur la Coûtume d'Anjou, Titre *du Doüaire*, *num.* 21.

---

* 7 *Nouveau Denizart*, *v°* *Douaire*, § 8, *n°* 4, *p.* 199. } 4. Aux dépens de qui se feront les grosses réparations qui surviendront pendant la durée de l'usufruit ?

La coutume de Paris ayant décidé que la veuve est tenue des réparations viageres, semble dire par-là même que les heritiers de son mari sont seuls tenus des grosses réparations qui surviennent pendant sa jouissance, suivant la regle commune, qui en charge celui qui a la nue propriété. C'est la disposition textuelle de la coutume de Melun, *art.* 242 : " et le propriétaire est tenu entretenir les fondemens, gros murs, poutres et autres grosses réparations ". Les coutumes de Vermandois, *art.* 32 ; de Peronne, *art.* 146 ; et du Nivernois, *chap.* 24, *art.* 4, ont une pareille disposition. Comme elle est fondée en principes, elle doit être étendue aux autres coutumes.

5. La douairiere est-elle tenue d'entretenir les baux faits par son mari, des biens sujets au douaire ?

Dans la regle générale, l'usufruitier ayant un droit réel dans la chose dont il a l'usufruit, a le droit d'en jouir comme bon lui semble, d'en expulser le fermier établi avant la naissance de son usufruit, soit pour en jouir par lui-même, soit pour y mettre un autre fermier, sauf au fermier expulsé son recours en indemnité contre le propriétaire qui lui a passé bail. Ces raisons ont déterminé quelques auteurs à penser que la veuve douairiere n'étoit pas obligée d'entretenir les baux faits par son mari, des héritages sujets au douaire. Mais la veuve douairiere doit être exceptée de la regle générale, tenant son usufruit de son mari, à titre gratuit, et sans en avoir donné la valeur : elle doit des égards aux héritiers de son mari, qui souvent sont leurs enfans communs ; elle doit leur éviter le dédommagement que pourroit prétendre le fermier expulsé, toutes les fois qu'elle ne souffre pas un grand

préjudice du bail fait par son mari de bonne-foi et sans fraude. Ainsi elle est tenue d'entretenir les baux faits par son mari, des héritages sujets au douaire, lorsque le mari les a fait de bonne-foi et sans fraude. C'est l'avis de Renusson, *chap.* 14, *n°* 8 *et suiv.;* et celui pour lequel incline M. Pothier, *n°* 229.

---

* *Lebrun, Des Succ., Liv.* 2, *ch.* 5, *sec.* 1, *Dist.* 2, *n°* 36 *et s.* } L'on peut aussi demander en supposant que lors du décès du mari, les maisons sujettes au douaire de sa veuve, ne soient pas en bon état, qu'il y ait des gros murs abattus, que la couverture en soit ruinée, qu'enfin elles soient inhabitables, si la veuve se doit contenter de ces maisons en l'état où elles sont ; ou si les héritiers sont obligés de les réparer ? Et il est déjà certain que si ces édifices sont tombés de vieillesse, avant ou depuis que l'usufruit a lieu, les héritiers ne sont point tenus de les relever : c'est pourquoi la loi *Sed cum fructuarius* 65, au § 1, *ff. de usufr.* dit qu'ils ne sont pas plus obligés de mettre les lieux en bon état pour le légataire de l'usufruit, que pour les légataires de la propriété. *Non magis heres reficere debet quod vetustate jam deterius factum reliquisset testator ; quam si proprietatem alicui testator legasset.* la loi *Titius Mœvio* 50 du même titre et la loi 32, § 5, *ff. de usuf. per legat.* y sont aussi précises. Il en est de même si les édifices ont été brûlés.

[Mais tout ce qui reste de la chose sujette au douaire, y demeure sujet, par exemple, dit M. Pothier, cout. d'Orléans, tit. des douaires, sect. 2, § 22, si une maison est incendiée, le terrein et les matériaux qui en sont restés y sont sujets. Il est vrai que la loi 5, § *fin. ff. quib. mod. us. am.* décide que l'usufruitier d'une maison n'y peut rien prétendre, après qu'elle a été incendiée ; mais outre que la décision de cette loi, qui n'est fondée que sur une subtilité, pourroit n'être pas reçue parmi nous ; elle n'a lieu que pour l'usufruit à titre singulier ; la loi 34, § 2, *ff. de usuf.* décide formellement le

contraire à l'égard de l'usufruit à titre universel, tel qu'est celui de la douairiere].

Que s'ils étoient tombés par la négligence et par la faute du mari, il y auroit plus de difficulté : car d'un côté si l'on souffre qu'un mari laisse tomber en ruine la maison sujette au douaire, sans obliger ses héritiers de la réparer, il s'ensuivra que le douaire pourra être anéanti, et que la femme ne pourra être absolument frustrée : car sur le même foydement un mari laissera prescrire ses rentes, et tomber ses fiefs en commise, et la femme qui perdra son douaire sur toutes ces choses, n'en aura aucune indemnité : ce qui est contre la premiere maxime de cette matiere, qui ne veut pas que durant le mariage un mari puisse préjudicier au douaire de sa femme : si ce n'est par l'effet et la suite d'une action nécessaire, et inévitable, comme un retrait lignager ou conventionnel qui s'intente contre lui. Aussi cette espèce est bien différente de celle des loix qui viennent d'être citées, dans lesquelles le titre de l'usufruit est un legs et une libéralité, au lieu que le douaire est un titre onéreux.

Raisons contre la récompense.— D'autre côté l'on peut dire que le douaire, comme les successions, se doit prendre en l'état qu'on le trouve. Que s'il a souffert quelque diminution par la négligence du mari, c'est une perte qui regarde la communauté, dont elle diminue les revenus, et de laquelle la mere commune ou non commune, ne doit point avoir de récompense : parce que pendant qu'elle étoit commune *habitu*, elle participoit à la bonne et à la mauvaise fortune, aux fruits du travail de son mari, et aux pertes qui pouvoient arriver par sa négligence ; qu'il suffit que le mari n'ait pas préjudicié sciemment au douaire de sa femme, en vendant ou hypothéquant l'héritage du douaire, auquel cas elle en auroit dû avoir la revendication ou la récompense : que comme le mari peut augmenter le douaire sans diminuer ses facultés, par exemple, par un échange avantageux ; aussi il le peut diminuer, pourvu qu'il ne s'en enrichisse pas. Que même il peut l'augmenter aux dépens de sa communauté : comme lorsqu'il

bâtit durant le mariage sur l'héritage sujet au douaire ; auquel cas le bâtiment ne s'impute pas à la veuve. Que l'on doit juger ces espèces, non pas suivant l'extrême rigueur, mais selon l'équité commune entre des alliés.

Résolution contre la récompense.—J'inclinerois assez pour ce dernier parti, supposé que la ruine de la maison vienne de la négligence du mari. Car s'il a affecté d'abattre une maison sujette au douaire, pour employer les matériaux à en bâtir une autre, sur un héritage qui n'étoit point sujet au douaire, et qui peut-être n'entroit pas même en communauté ; par exemple, sur un fonds qui lui étoit venu par succession collatérale, lequel par conséquent n'étoit sujet ni au droit de douaire, ni au droit de communauté, suivant la disposition de la loi 45, § 2, *de adquir. vel amitt. hered.* En ce cas j'estime qu'il est dû récompense à la femme. Il en seroit de même si le mari avoit laissé dépérir la maison sujette au douaire par mauvaise volonté envers sa femme, de laquelle il y eût des preuves. Mais hors ces deux cas, et supposé qu'il n'y ait que de la négligence, les héritiers du mari ne sont point garants de la perte, ni de la ruine de la maison sujette au douaire : ce qui a été déjà établi ci-dessus dans le cas d'une prescription que le mari a soufferte, quoique ce cas soit différent : parce que la veuve et les enfans ne sont point sujets à la prescription, et peuvent toujours revendiquer l'héritage : mais quoiqu'il en soit, ils ne peuvent pas agir contre l'héritier du mari : et ce qui me touche le plus en l'espèce, c'est 1. Que le mari a cru nécessairement qu'il ne lui étoit pas avantageux de soutenir sa maison ; comme il arrive souvent, et que ç'a même été vraisemblablement une résolution des deux conjoints. 2. Que si un mari ni ses héritiers ne sont point obligés de réédifier une maison brûlée ni tombée de vieillesse, suivant cette loi 65, au *ff.* §. 1. *de usufr.* les héritiers ne sont point non plus tenus de réparer ce que le mari, et peut-être la femme, n'ont pas cru qu'il fût de leur intérêt de soutenir et de réparer : parce qu'en l'un et en l'autre cas, ce seroit réparer et rebâtir pour le seul usufruitier : c'est-à-dire, pour la veuve

douairiere. Or il seroit injuste de rebâtir pour le seul usufruit, le droit du propriétaire étant beaucoup plus considérable que celui de l'usufruitier.

---

* *Renusson, Douaire, ch.* 3, *n°* 77 *et s.* } 77. Que dira-t-on si le mari a dégradé les heritages sujets au douaire, s'il a fait des démolitions, s'il a fait abbatre des bois de haute-futaye : on demande s'il en est dû recompense à la femme, et si on en doit faire l'estimation, et lui donner l'interêt de la valeur, et faire entrer l'estimation en la computation du douaire ? Il est évident que la recompense en est dûë à la femme. L'article 248. de la Coûtume de Paris, dit : *Le Douaire coûtumier est de la moitié des heritages que tient et possede le mari au jour des épousailles et benediction nuptiale, et de la moitié des heritages qui depuis la consommation du mariage échéent et adviennent au mari en ligne directe* : quoique le douaire ne soit ouvert qu'au jour du decés du mari et au cas que la femme le survive ; neantmoins il est vrai de dire qu'il est acquis à la femme du jour de la celebration du mariage, ou du jour du Contrat de mariage, s'il y a Contrat de mariage ; le mari n'a pas pû pendant le mariage diminuer de douaire acquis à la femme ni lui faire prejudice.

78. Mais la difficulté est de sçavoir comment s'en doit faire l'estimation, si on fera seulement l'estimation de la diminution et moins valeur du revenu, survenuë et causée par les démolitions ou dégradations qui ont été faites, ou si on fera l'estimation de la moins valeur du fond. D'un côté on dit qu'il faut faire seulement l'estimation de la diminution et moins valeur du revenu, parce que le douaire de la femme ne consiste qu'en usufruit et revenu, et qu'il suffit qu'elle ait son indemnité pour le revenu, si les démolitions et dégradations l'ont diminué. Par exemple, si le mari a fait abat de bois de haute-futaye, il faut considerer seulement si cet abat a diminué le revenu de l'heritage et à quoy va cette diminution. Il semble que les bois de haute-futaye ne produisent

pas de revenu, il n'y a que la glandée qui est peu de chose; et même le fonds sur lequel a été fait l'abat peut produire un revenu plus considerable que la glandée; il produit des herbages ou il peut être cultivé et produire un grand revenu. D'un autre côté on dit qu'il ne faut pas seulement faire l'estimation de la diminution et de la moins valeur du revenu, qui a pour cause les dégradations et démolitions qui ont été faites; mais qu'il faut estimer la moins valeur du fond, par la raison que le douaire de la femme, quoiqu'il ne consiste qu'en usufruit à l'égard de la femme; neanmoins étant propre aux enfans dans la Coûtume de Paris, il faut estimer le fond, et il ne doit y avoir qu'une estimation tant pour la femme que pour les enfans; le douaire de la femme et des enfans ne doit pas être estimé séparément, on ne doit pas faire deux estimations, la femme doit joüir séparément du douaire propre aux enfans, et la femme en doit avoir la joüissance, c'est-à-dire, l'interest de l'estimation pendant sa vie. Cette derniere opinion semble la mieux fondée; car on ne doit pas faire difference dans la Coûtume de Paris et autres semblables, entre le douaire de la femme et celui des enfans, sinon pour dire que la femme a l'usufruit et les enfans la proprieté, et qu'après le decés de la femme l'usufruit est réuni à la propriété; le douaire de la femme a une cause conjointe à celui des enfans, c'est le même douaire. Cela pourroit faire plus de difficulté dans les Coûtumes où le douaire est simplement viager et n'est pas propre aux enfans; neanmoins il semble qu'on y doit suivre la même décision.

79. Nous avons dit qu'il faut estimer les dégradations et en faire recompense pour le Douaire de la femme et des enfans; mais on demande quel tems il faut considerer pour faire l'estimation? Il semble raisonnable de dire qu'il faut estimer ce que vaudroit l'heritage au tems du decés du mari, si les dégradations n'avoient pas été faites, et ce qu'il vaut moins à cause des dégradations, pour être fait recompense de la moins valeur; et la femme doit joüir sa vie durant de ce qui sera estimé pour ladite recompense, et le principal de

cette recompense appartiendra aux enfans; c'est le tems du decés du mari qu'il faut considérer pour l'estimation de cette recompense, parce que c'est le decés du mari qui donne ouverture au Douaire.

80. Nous avons dit qu'il étoit dû récompense à la veuve pour son Douaire, lorsque les heritages sujets au Douaire avoient été dégradez par le mari; mais que dira-t-on lorsque le mari les a augmentez et y a fait des bâtimens qui en augmentent le revenu : on demande si le Douaire sera augmenté, et si la femme et les enfans profiteront de cette augmentation, ou s'il faut estimer et faire distraction de l'augmentation. Plusieurs tiennent, s'il y a des augmentations faites sur l'heritage sujet au Douaire, que la veuve et les enfans prendront leur Douaire sur l'heritage en l'état qu'il se trouve au temps du decés du mari; mais que s'il y a des creanciers privilegiez qui ayent prêté leurs deniers, et qu'ils ayent été employez à y faire des augmentations, il est juste qu'ils en soient recompensez en tant que l'heritage est de plus grande valeur. De même si un tiers détempteur a acquis des heritages sujets au Douaire et y a fait faire des augmentations, s'il est évincé de l'heritage, il est juste qu'il soit recompensé des augmentations qu'il y a faites.

81. Monsieur Bouguier lettre D. nomb. 18. rapporte un Arrêt du 7. Septembre 1601. prononcé en Robbes rouges par Monsieur le President de Harlay, dont voici le fait. Un Procureur de la Cour se marie : par le Contrat de mariage il est dit que la femme aura Douaire coûtumier; le mari pendant le mariage emprunte de l'argent et fait des impenses et ameliorations sur une maison qui lui étoit propre; le mari étant decedé la maison est mise en criées; les enfans renoncent à la succession de leur pere et se tiennent au Douaire coûtumier de leur mere qui étoit décedée, et s'opposent afin de distraction de la moitié de la maison. Les creanciers consentent la distraction, en rapportant par les enfans le prix des impenses et meliorations utiles et necessaires faites sur la maison. Les enfans au contraire disent que la Coûtume

attribuë aux enfans la moitié des heritages que possede le mari au jour des épousailles et qui lui échéent en ligne directe pendant le mariage, sans aucune charge de dettes. Par Sentence du Prevôt de Paris la distraction de la moitié de la maison est ordonnée au profit des enfans, en recompensant les creanciers du pere des impenses et meliorations utilement faites sur la maison par leur pere : les enfans en interjetterent appel, et par l'Arrêt ci-dessus datté, la Cour mit l'appellation et ce, etc. émendant ordonna que pour le Douaire coûtumier des enfans, distraction seroit faite de la moitié de la maison mise en criées au profit des enfans, sans aucun remboursement des reparations ou meliorations faites par le pere. Mais cet Arrêt ainsi qu'il est rapporté ne parle pas précisement d'augmentations, mais dit reparations ou meliorations.

82. Me. Barthelemy Ozanet en ses Mémoires sur l'art. 247. de la Coûtume de Paris, rapporte un autre Arrêt rendu en une des Chambres des Enquêtes, sur Procés par écrit le 7. Septembre 1640. entre Charlotte Chanteclerc veuve de Claude Cornu et consorts, et Me Pierre Joly Secretaire du Roy et Melchior Gillier, à cause de Marie Joly sa femme, par lequel on a jugé que les enfans ont droit de prendre pour leur Douaire coustumier la moitié des heritages qui appartenoient à leur Pere lors de son Mariage, en l'état qu'ils se trouvent au tems de son decés, y compris les augmentations qui avoient été faites par le pere depuis son mariage, sans aucune recompense ni remboursement de ce qui avoit été dépensé pour les bâtimens qui avoient été construits sur l'heritage sujet au Douaire. On ne connoît pas bien quel peut avoir été le motif de ces jugements ; il semble qu'il y a de l'inconvénient : car si on a égard aux dégradations qui ont été faites on doit avoir aussi égard aux augmentations ; il semble qu'il faut estimer l'heritage du mari ce qu'il vaudroit au tems du decés du mari, lorsqu'il y a des dégradations faites par le mari pendant son mariage, de même que lorsqu'il y a des augmentations : que comme le mari n'a pas pû

faire préjudice au Douaire de sa femme et de ses enfans et le diminuer, en dégradant les heritages et en faisant des démolitions et des abats de bois de haute-futaye; il ne faut pas aussi que le Douaire de la femme et des enfans soit augmenté par des nouveaux bâtimens et augmentations, qui seroient faites par le mari depuis son mariage, et que les creanciers du mari en souffrent préjudice. Par exemple, supposé que le mari eut deux heritages sujets au Douaire, et que sur l'un il eût fait des dégradations, et que sur l'autre il eut fait des augmentations; il semble qu'il ne seroit pas raisonnable qu'à l'égard des dégradations qui auroient été faites sur l'un de ces heritages, il en fût fait recompense à sa femme et aux enfans pour leur Douaire, et qu'à l'égard des augmentations qui auroient été faites sur l'autre heritage, on n'y eût aucun égard. Il semble qu'il seroit raisonnable d'en faire une compensation jusques à concurrence; ce qu'on peut dire est qu'il ne faut avoir aucun égard aux augmentations qu'en ce qu'elles ont augmenté le revenu, et que la recompense n'en doit être faite qu'à raison du revenu qui a été augmenté. M. Bouguier lettre D. nomb. 18. raporte un Arrêt qui a jugé que les enfans n'étoient tenus de rembourser les creanciers qui avoient prêté leurs deniers pour reparer la maison sujette au Douaire. Montholon rapporte le même Arrêt qui est du mois de Septembre 1601.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 34, *n*° 11 *et s.* } 11. Si durant le mariage il a été fait des bâtiments et autres impenses sur le fonds baillé en douaire, la douairiere prendra les choses comme elles se trouveront au jour du décès, sans remboursement des impenses et améliorations.

12. Mais si les bâtiments ne sont en bon état, ils seront réparés aux dépens de la succession du mari.

13. Et le semblable sera observé à l'égard des enfants douairiers qui prendront aussi les bâtiments en l'état qu'ils se trouveront à la fin de la jouissance du douaire, après avoir été bien et dûement réparés.

[ARTICLE 1462.]

1462. Le douaire de la femme s'éteint, comme tout autre usufruit, par les causes énumérées en l'article 479.	1462. The dower of the wife is terminated like any other usufruct by the causes enumerated in article 479.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *n°* 247 *et s.* } 247. L'usufruit de la douairière s'éteint par toutes les manières dont s'éteint celui de tous les autres usufruitiers.

1° Il s'éteint par la mort naturelle de la douairière : *Finitur ususfructus morte usufructuarii ;* Instit. tit. *de Usufr.*, § 4.

2° Il s'éteint aussi par sa mort civile : *Finitur ususfructus duabus capitis minutionibus, minimâ et mediâ* ; Ibid.

Il est étonnant que, contre ce texte formel et plusieurs autres, l'auteur du cinquième tome du *Journal des Audiences*, liv. 8, chap. 6, p. 594, ose mettre dans la bouche de M. de Lamoignon, avocat général, que par les lois romaines l'usufruit, à la différence des autres servitudes personnelles, ne s'éteignait pas par la mort civile de l'usufruitier. Il est bien certain que ce savant magistrat n'a jamais dit pareille chose.

Si la douairière est condamnée à une peine capitale, telle qu'est celle du bannissement hors du royaume, son droit d'usufruit est éteint et se réunit à la propriété en même temps qu'elle perd la vie civile. Le seigneur confiscataire qui succède aux biens de la douairière, ne peut prétendre cet usufruit, qui est éteint, et qui ne se trouve plus dans les biens de la douairière.

Lorsque la douairière a été condamnée par contumace à une peine capitale, son état civil étant en ce cas en suspens, son droit d'usufruit doit pareillement être en suspens. Si elle meurt dans les cinq ans de l'exécution du jugement rendu par contumace, quoique sans s'être représentée ; étant censée en ce cas n'avoir jamais perdu la vie civile, son droit d'usufruit est censé toujours subsister jusqu'à sa mort natu-

relle, et en conséquence tous les fruits perçus jusqu'à ce temps appartiendront à ses héritiers : au contraire si elle n'est morte qu'après les cinq ans depuis l'exécution du jugement rendu par contumace, sans avoir été arrêtée ni s'être représentée ; étant censée en ce cas avoir perdu la vie civile dès le jour de l'exécution du jugement par contumace, son droit d'usufruit sera pareillement censé éteint et réuni à la propriété dès ce jour, et tous les fruits perçus depuis sur les héritages sujets à cet usufruit, appartiendront au propriétaire.

Lorsque la douairière condamnée par contumace, a été arrêtée, ou s'est volontairement représentée, soit dans les cinq ans, soit après, tout l'effet de la contumace étant en ce cas détruit, le droit de l'usufruit de la douairière sera censé n'avoir reçu aucune atteinte.

Lorsque la douairière fait profession religieuse dans un monastère par des vœux solennels ; cette profession religieuse lui faisant perdre la vie civile, son droit d'usufruit est éteint par cette profession, comme il le serait par sa mort naturelle.

Néanmoins la jurisprudence des arrêts permet aux douairières, lorsque leur usufruit n'est pas trop considérable, de le conserver en ce cas, par forme de pension alimentaire, pendant leur vie naturelle. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 23 janvier 1629, rapporté au tome 1er du *Journal des Audiences*, liv. 2, chap. 31 au profit du couvent des religieuses minimesses, où une douairière avait fait profession. L'arrêtiste remarque que le revenu annuel de ce douaire n'était que de vingt-cinq à trente écus, et que s'il eût été considérable, il eût été modéré.

248. 5° L'usufruit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, s'éteint par la remise qu'elle en fait au propriétaire.

Par le droit romain, cette remise se faisait par la cession *in jure : In jure cessione amittitur ususfructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure cesserit* ; Paul, *Sentent.*, lib. 3, tit. 8, § 35.

Notre droit français n'ayant pas adopté les formalités du

droit romain, la douairière, de même que les autres usufruitiers, peut faire remise au propriétaire de son droit d'usufruit par une simple convention.

Renusson (ch. 12, nº 30) met à ce sujet en question, si la douairière ayant fait remise de son droit d'usufruit à son fils propriétaire de l'héritage qui en était chargé, et ce fils étant mort depuis sans enfants, du vivant de sa mère, l'usufruit devait revivre au profit de la douairière ?

Il décide la question pour l'affirmative, parce que, dit-il, on doit présumer que la douairière n'a fait cette remise que par une considération personnelle pour son fils. Je pense qu'on doit décider au contraire, que son droit d'usufruit ne revivra pas. Quoique la considération personnelle pour son fils ait été le motif qui l'ait portée à faire la remise de son droit, il suffit qu'elle en ait fait la remise, pour qu'il ait été éteint par la remise qu'elle en a faite; la remise qu'un usufruitier fait au propriétaire de son droit, étant une des manières dont s'éteint le droit d'usufruit : or ce qui est éteint ne peut plus revivre.

C'est pourquoi si la douairière veut que la convention ne profite qu'à son fils, elle ne doit pas faire une remise de son droit d'usufruit, mais convenir qu'elle n'en fera pas d'usage pendant la vie de son fils.

249. 4º L'usufruit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, et de même que tous autres droits de servitude, s'éteint *non utendo*, c'est-à-dire lorsque l'usufruitier ne fait aucun usage de son droit pendant un certain temps réglé par la loi : *Finitur ususfructus*, dit Justinien, ... *non utendo per modum et tempus* ; Instit. tit. *de Usufr.*, § 4.

Justinien, par ces termes, *non utendo per modum*, nous apprend que, lorsqu'un usufruitier ne se sert de la chose dont il a l'usufruit, que pour des usages auxquels elle n'est pas destinée, il ne perd pas moins son usufruit *non utendo*, que s'il ne s'en était pas servi du tout; car le droit d'usufruit qu'il a de cette chose, étant le droit de s'en servir pour les usages pour lesquels elle est destinée, son droit d'usufruit ne

lui donnant pas le droit de s'en servir pour d'autres usages ; lorsqu'il s'en sert pour d'autres usages, ce n'est pas de son droit d'usufruit qu'il use ; il n'en use pas plus que s'il ne se servait point du tout de la chose, et par conséquent il ne perd pas moins l'usufruit *non utendo.*

Justinien dit, *non utendo per modum et tempus :* il ne dit pas ici quel est ce temps. Par l'ancien droit, il suffisait que l'usufruitier d'un héritage eût laissé passer deux ans sans faire usage de son droit, pour qu'il perdît son droit *non utendo.* Par la constitution de Justinien, qui est en la loi 16, § 1, Cod. *de Usufruct.*, il faut dix ans *inter præsentes*, et vingt ans *inter absentes.*

Par notre droit, pour l'extinction du droit d'usufruit par le seul non usage de l'usufruitier, il faut trente ans. Mais lorsqu'un tiers détenteur de l'héritage chargé d'usufruit, l'a possédé comme franc de l'usufruit, dont il n'avait pas de connaissance, pendant dix ans entre présents, et pendant vingt ans entre absents, il acquert, par cette possession de dix ou vingt ans, l'affranchissement et l'extinction du droit d'usufruit dont l'héritage était chargé.

Il y a néanmoins des coutumes, du nombre desquelles est notre coutume d'Orléans, qui n'admettent, en fait d'immeubles et de droits réels et immobiliers, d'autre prescription que celle de trente ans.

250. Pour que l'usufruitier perde son usufruit *non utendo*, il faut qu'il n'ait joui ni par lui-même, ni par un autre qui aurait joui par son ordre, ou même sans ordre, mais en son nom.

Par exemple, si l'usufruitier a vendu son usufruit à quelqu'un, ou lui en a fait donation, il est censé jouir par cet acheteur ou donateur, qui jouit par son ordre, et comme étant à ses droits.

Pareillement si, pendant l'absence de l'usufruitier, quelqu'un, quoique sans son ordre, fait valoir l'héritage, dans l'intention de lui en rendre compte, l'usufruitier est censé jouir par cette personne, parce que c'est pour lui et en son

nom qu'elle fait valoir l'héritage. C'est ce qu'enseigne Marcien : *Non utitur fructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius, putà qui emit, vel qui conduxit, vel qui donatus est, vel qui negotium ejus gerit* ; L. 38, ff. *de Usufr.*

251. Il y a plus : quand même celui à qui l'usufruitier a vendu son usufruit, aurait abandonné la jouissance de l'héritage, et que personne n'en jouirait, l'usufruitier est censé jouir, par cela seul qu'il jouit de la somme d'argent qu'il a reçue pour le prix de son usufruit : *Si vendidero usumfructum, etiamsi emptor non utatur, videor usumfructum retinere* eâd. L. 38 ; *quia qui pretio fruitur, non magis habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur* ; L. 38, ff. *eod. tit.*

Il en est de même lorsque celui à qui j'ai loué la maison dont j'ai l'usufruit, n'en est pas entré en jouissance par son fait ; je ne laisse pas d'être censé jouir de la maison par les loyers qu'il me paie. Mais si j'avais donné gratuitement à quelqu'un l'usufruit que j'ai dans un héritage, je ne puis être censé en jouir qu'autant que le donataire en jouirait : *Quod si donavero, non aliàs retineo, nisi ille utatur ;* L. 40, ff. *eod. tit.*

252. Ce que nous venons de dire, que je suis censé jouir par le prix que j'ai reçu de mon usufruit que j'ai vendu, ou par les loyers que je reçois du locataire à qui j'ai loué l'héritage dont j'ai l'usufruit, quoique ces personnes ne jouissent pas de cet héritage, n'a lieu que lorsque personne n'en jouit : mais si un tiers s'en était mis en jouissance, lequel en jouit ou en son propre nom, ou en un autre nom que le mien, je ne puis plus dès lors être censé continuer de jouir, quand même je continuerais à en recevoir les loyers.

Par exemple, si j'avais donné à ferme l'héritage dont j'ai l'usufruit, à celui qui en est le propriétaire, et que celui-ci eût depuis vendu l'héritage à un tiers, sans réserve de l'usufruit, et qu'il l'en eût mis en possession, je ne pourrais plus dès lors être censé jouir, quoique je continuasse d'en recevoir les loyers : *Pomponius quærit, si fundum à me proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Seio, non deducto usufructu, an usumfructum per emptorem retineam ; et ait : Licèt*

proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti, quia non meo nomine, sed suo fruitus est emptor; L. 29, ff. *Quib. mod. ususfr. amitt.*

Pareillement, si le propriétaire de l'héritage dont j'ai l'usufruit, qui le tenait de moi à loyer, l'a lui-même donné à loyer à un tiers; si c'est par un sous-bail qu'il lui a fait, comme le tenant lui-même de moi, je serai censé continuer de jouir par ce sous-locataire; mais s'il l'a donné en son propre nom à loyer à ce tiers, je ne pourrai plus dès lors être censé continuer de jouir; car ce n'est pas en mon nom que jouit celui qui le tient du propriétaire : *Si à me conductum usumfructum quis alii locaverit, retinetur ususfructus : sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti; non enim meo fruitur colonus* ; eâd. L. 29.

Observez que le jurisconsulte parle ici selon la subtilité du droit; mais si le propriétaire prétendait en ce cas l'extinction de l'usufruit, *repelleretur per exceptionem doli.*

253. 5° L'usufruit de la douairière s'éteint par la résolution du droit que son mari, qui le lui a constitué, avait dans l'héritage, lorsque cette résolution se fait *ex causâ antiquâ et necessariâ.*

Par exemple, lorsqu'une femme a pour son douaire l'usufruit d'un héritage que son mari avait acquis à titre de donation, d'une personne qui n'avait point d'enfants ; s'il survient un enfant à cette personne, la donation étant en ce cas révoquée, et par conséquent le droit qu'avait le mari dans l'héritage étant résolu *ex causâ antiquâ et necessariâ*, l'usufruit de la douairière doit pareillement se résoudre et s'éteindre.

La raison est que, personne ne pouvant transférer à un autre plus de droit dans une chose qu'il n'en a lui-même, le propriétaire d'un héritage dont le droit est sujet à se résoudre par l'événément de quelque condition, ne peut accorder à un autre dans cet héritage aucun droit d'usufruit, ni aucun autre droit, qui ne soit pareillement sujet à se résoudre par l'événement de ladite condition. De là cet axiôme, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

254. 6° L'usufruit de la douairière, de même que celui de tous les autres usufruitiers, s'éteint *consolidatione*, c'est-à-dire, lorsqu'elle a acquis, à quelque titre que ce soit, la propriété de l'héritage dont elle avait l'usufruit : *Finitur ususfructus*, dit Justinien. .... *si usufructuarius rei proprietatem acquisierit; quæ res consolidatio appellatur;* Instit. tit. *de Usufr.*, § 4.

La raison est, que le droit d'usufruit est incompatible avec la propriété dans une même personne : car il est de l'essence du droit d'usufruit d'être un droit dans la chose d'autrui : on le définit *jus alienis rebus utendi fruendi*; L. 1, ff. *de Usufr.* L'usufruit est un droit de servitude, qu'on ne peut par conséquent avoir dans sa propre chose; *Res sua nemini servit.* Il est donc de nécessité, *per rerum naturam*, que lorsqu'un usufruitier devient propriétaire de la chose dont il avait l'usufruit, le droit d'usufruit qu'il avait dans cette chose, s'éteigne, et se réunisse à la propriété. Il conserve à la vérité, en devenant propriétaire, le droit qu'il avait auparavant, comme usufruitier, de percevoir les fruits de la chose; mais il ne l'a plus sous la forme d'un droit d'usufruit il l'a comme une dépendance de son droit de propriété.

Lorsque le titre d'acquisition que l'usufruitier a faite de la propriété de l'héritage dont il avait l'usufruit, vient par la suite à être rescindé et à être déclaré nul, cette acquisition, et la consolidation de l'usufruit qui en devait être l'effet, sont regardées comme non avenues, et l'usufruitier conserve en conséquence son droit d'usufruit. C'est ce que Papinien décide en la loi 57, ff. *de Usufr.*, dans l'espèce de l'usufruitier d'un héritage à qui le propriétaire en avait légué la propriété : Papinien décide que cet usufruitier étant évincé de la propriété qui lui avait été léguée, par la querelle d'inofficiosité intentée contre le testament, conservait son droit d'usufruit.

Doit-on décider de même lorsque le titre de l'acquisition que l'usufruitier a faite de la propriété, n'est détruit que pour l'avenir, quoique *èx causâ antiquâ et necessariâ?*

Julien, en la loi 17, ff. *Quib. mod. ususfr. amitt*, prétend qu'il en doit être autrement dans ce cas, et que l'usufruitier qui a

acquis la propriété de l'héritage dont il avait l'usufruit, et qui a depuis été évincé de cette propriété, par la résolution qui s'en est faite pour l'avenir, quoique *ex causâ antiquâ et necessariâ*, ne recouvrait pas son droit d'usufruit, qui avait été éteint par l'acquisition qu'il avait faite de la propriété, laquelle n'ayant été détruite que pour l'avenir, avait assez duré pour produire cette extinction de l'usufruit. Voici l'espèce qu'il propose : *Si tibi fundi ususfructus purè, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, et pendente conditione dominium proprietatis (ab hærede) acquisieris, deinde conditio extiterit, pleno jure fundum Titius habebit : neque interest quod detracto usufructu proprietas legata sit ; etenim dum proprietatem acquiris, jus omne legati usûsfructûs amisisti.*

Brunneman, sur cette loi, remarque, après plusieurs autres docteurs, que la décision n'est fondée que sur la subtilité à laquelle les jurisconsultes romains se sont quelquefois trop attachés, et qu'elle est contraire à l'équité. En effet, il est contre l'équité que cet usufruitier, qui a acquis le droit d'une nue propriété, séparée du droit de percevoir les fruits de l'héritage qui était par devers cet héritier, soit, par la résolution qui s'est faite pour l'avenir de son acquisition, privé de plus qu'il n'a acquis, et qu'on lui fasse perdre le droit de percevoir pendant sa vie les fruits de l'héritage qu'il avait indépendamment et avant l'acquisition qu'il a faite dans la nue propriété, et qu'il a toujours depuis conservé, quoique sous une autre forme. Il est contre l'équité que le légataire de la nue propriété de l'héritage, du legs duquel le testateur a nommément excepté le droit de percevoir les fruits pendant la vie de celui à qui il avait légué l'usufruit, prétende, par une subtilité, contre la volonté du testateur, en dépouiller l'usufruitier. C'est pourquoi, dans notre droit français, qui rejette les subtilités du droit romain, et qui n'adopte que les décisions de droit qui sont conformes à l'équité, il ne doit pas être douteux que l'usufruitier qui a acquis la nue propriété de l'héritage dont il jouissait par usufruit, doit, lorsqu'il est évincé de la propriété, retenir son droit d'usu-

fruit, non seulement lorsque son titre d'acquisition de la propriété a été rescindé et déclaré nul, mais pareillement lorsqu'il n'a été détruit que pour l'avenir.

255. 7° L'usufruit de la douairière, de même que celui de tous les autres usufruitiers, s'éteint par l'extinction de la chose dont elle jouissait en usufruit: *Est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est;* L. 2, ff. *de Usufr.*

Cela est sans difficulté lorsque la chose chargée d'usufruit est tellement éteinte qu'il n'en reste rien. Par exemple, si une douairière jouissait par usufruit d'un pré voisin d'une rivière, et que la rivière eût emporté tout le pré, il n'est pas douteux en ce cas que l'usufruit de cette douairière est éteint.

Mais que doit-on décider lorsque la chose chargée d'usufruit n'a fait que changer de forme ?

Les jurisconsultes romains distinguaient l'usufruit qui avait été légué ou constitué spécialement d'une certaine chose, et l'usufruit légué ou constitué à titre universel, comme lorsque quelqu'un avait donné ou légué à quelqu'un l'usufruit de tous ses biens. A l'égard de la première espèce d'usufruit, c'est-à-dire, de l'usufruit spécial d'une certaine chose, ils décidaient que, lorsque la chose chargée d'usufruit avait changé de forme substantielle, et était devenue autre chose que ce qu'elle était, l'usufruit de cette chose était éteint, et ne pouvait être prétendu par l'usufruitier dans celle en laquelle elle avait été convertie.

Par exemple, lorsqu'une maison chargée d'usufruit a été brûlée, ou détruite par quelque accident, et qu'il n'en reste plus que la place et les matériaux, l'usufruit de cette maison, suivant les principes des jurisconsultes romains, est entièrement éteint, et l'usufruitier ne peut prétendre l'usufruit de la place et des matériaux, par cette raison que cet usufruitier avait l'usufruit d'une maison; que n'y ayant plus de maison, la chose dont il avait l'usufruit n'existe plus, ni par conséquent son usufruit. Il reste bien la place et les maté-

riaux de cette maison ; mais une place et des matériaux ne sont pas une maison ; ils ne sont pas par conséquent la chose dont il avait l'usufruit. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Rei mutatione interire usumfructum placet; veluti, ususfructus mihi ædium legatus est ; ædes corruerunt vel exustæ sunt : sine dubio extinguitur : an et aræ? Certissimum est exustis ædibus, nec areæ, nec cæmentorum usumfructum deberi ;* L. 5, § 2, ff. *Quib. mod. ususfr. amitt.*

Les jurisconsultes romains avaient poussé la subtilité si loin, que dans le cas auquel la maison aurait été rebatie, ils décidaient que l'usufruitier de la maison brûlée n'était pas fondé à prétendre l'usufruit de la maison rebâtie, parce qu'elle n'était pas la même maison que celle dont il avait eu l'usufruit : *Etsi domus fuerit restituta, ususfructus extinguitur ;* L. 10, § 7, ff. *eod. tit.*

Dans le cas inverse, lorsqu'on avait bâti une maison sur une place nue chargée d'usufruit, les jurisconsultes décidaient que l'usufruit de la place était éteint, parce que la maison en laquelle avait été convertie la place, était une autre chose ; sauf à celui qui avait eu l'usufruit de la place, son action contre le propriétaire qui avait bâti la place, et par le fait duquel l'usufruit de la place avait été éteint : *Si areæ sit ususfrustus legatus, et in eâ ædificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extingui constat. Planè si proprietarius hoc fecit, ex testamento, vel de dolo tenebitur ;* eâd. L. 5, § *fin.*

Si la place dont j'avais l'usufruit, a été, par la démolition du bâtiment, restituée à sa forme de place, je conserve mon usufruit, parce que c'est la même place : *Si in areâ cujus ususfructus alienus esset, quis ædificasset, intrà tempus quo ususfructus perit superficie sublatâ, restitui usumfructum veteres responderunt ;* L. 17, ff. *de Usufr.*

Suivant les mêmes principes, les jurisconsultes romains décidaient que l'usufruit d'un étang était éteint, lorsque l'étang était desséché, et converti en terre labourable, parce qu'une terre labourable n'est pas la même chose qu'un étang.

Ils décidaient pareillement, que, lorsque par une maladie

épidémique, un troupeau avait été réduit à quelques bêtes, qui ne sont pas en nombre suffisant pour former un troupeau, l'usufruit du troupeau était éteint, et ne pouvait être prétendu dans les bêtes qui en restaient; parce que deux ou trois bêtes ne font pas un troupeau, et qu'il n'y a plus de troupeau lorsqu'il n'en reste que quelques bêtes : *Si stagni ususfructus legetur, et exaruerit sic ut ager sit factus; mutatâ re, extinguitur ususfructus;* L. 10, § 3, ff. *Quib. mod. ususfr. amitt.*—*Quum gregis ususfructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregio, ut non intelligatur, perit ususfructus;* L. 31, ff. *eod. tit.*

Toutes ces décisions n'avaient lieu qu'à l'égard de l'usufruit spécial d'une certaine chose; mais à l'égard de l'usufruit d'une universalité de biens, lorsque quelques-unes des choses dont elle est composée ont changé de forme, et ont été converties en d'autres choses, cet usufruit universel subsiste dans les nouvelles choses dans lesquelles ont été converties les anciennes, parce qu'il n'est pas déterminé à *telle* et *telle* chose en particulier, mais qu'il comprend généralement les choses qui composent cette universalité de biens : *Universorum bonorum*, dit Julien, *an singularum rerum ususfructus legetur, hactenùs interesse puto, quod si ædes incensæ fuerint, ususfructus specialiter ædium legatus peti non potest; bonorum autem usufructu legato, areæ ususfructus peti poterit; quoniam qui bonorum suorum usumfructum legat, non solùm eorum quæ in specie sunt, sed et substantiæ omnis usumfructum legare videtur: in substantiâ autem bonorum etiam area est;* L. 34, § 2, ff. *de Usufr.*

Dans notre droit français, on ne s'attache pas aux subtilités du droit romain; et soit que l'usufruit soit d'une universalité de biens, soit qu'il soit l'usufruit spécial d'une certaine chose; lorsque la chose chargée d'usufruit a changé de forme, et a été convertie en autre chose, on doit décider que l'usufruit n'est pas éteint, et qu'il doit subsister dans la chose en laquelle a été convertie celle qui a été chargée de l'usufruit.

C'est pourquoi, si l'on a donné à une femme pour son douaire conventionnel, l'usufruit d'une maison, si la maison vient à être incendiée par le feu du ciel, et que le propriétaire

ne juge pas à propos de la rebâtir, la douairière doit jouir par usufruit de la place, et la louer comme elle pourra ; et elle doit pareillement jouir en usufruit du prix que seront vendus les matériaux qui en restent. Si au contraire le propriétaire rebâtit la maison, la douairière aura l'usufruit de la maison qui aura été rebâtie.

Par la même raison, lorsqu'on a donné à une femme, pour son douaire conventionnel, l'usufruit d'une certaine rente, et que le débiteur en fait le rachat ; quoique cette rente, dont la douairière avait l'usufruit, soit éteinte par le rachat qui en a été fait, l'usufruit de la douairière ne sera pour cela éteint ; mais il sera transporté sur les deniers provenus du rachat, ou plutôt sur le remploi qui en sera fait en autres rentes ou héritages.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 479.

---

* 2 *Prevost de la Jannès, Douaire, n*° 402, *p.* 126. } Le douaire qui consiste en usufruit, est éteint par la mort de la femme.

Il semble qu'il devroit l'être aussi par sa mort civile, telle qu'est la Profession Religieuse ; néanmoins comme le douaire tient lieu d'alimens, et que les personnes mortes civilement, sont capables d'alimens, on conserve le douaire au Couvent dans lequel la femme a fait Profession, jusqu'à concurrence du revenu qu'il est permis par les Ordonnances à ce Couvent de recevoir pour les dots des Religieuses.

1463. La femme peut être privée de son douaire pour cause d'adultère ou de désertion.

Dans l'un comme dans l'autre cas, il faut que le

1463. The wife may be deprived of her dower by reason of adultery or of desertion.

In either case, an action must have been instituted

mari se soit plaint de son vivant, sans qu'il y ait eu depuis réconciliation ; les héritiers ne peuvent que continuer, en ces cas, l'action commencée et non abandonnée.

by the husband, and a subsequent reconciliation must not have taken place; the heirs, in such case, can only continue the action commenced, if it have not been abandoned.

Voy. *C. C. B. C.*, arts. 187, 211.

---

* 2 *Prevost de la Jannès, Douaire, n°* 402, *p.* 126. } Le douaire s'éteint aussi si la femme s'en rend indigne, ce qui peut arriver depuis la mort de son mari, si elle vit impudi quement pendant l'année de deuil, ou du vivant du mari pour cas de désertion ou adultere. Si l'accusation même n'avoit été que commencée par le mari, et non abandonnée, ses héritiers pourroient la continuer par forme d'exception, à l'effet de faire décheoir la veuve de son douaire.

---

* *Pocquet de Liv., Règles, Tit.* 7, *ch.* 2, *nos* 29 *et s.* } 29. La femme qui a quitté et abandonné son mari, et n'étoit pas avec lui lors de son décès, sans causes raisonnables, est déchue de son Douaire.

Anjou, art. 314. *Maine, art.* 327.

Bretagne, art. 430.

Normandie, art. 376 *et* 377.

Arrêtés de Lamoignon, du Douaire, article 42.

30. La femme convaincue d'adultère doit être privée de son Douaire ; et l'accusation commencée et non abandonnée par son mari, peut être à même fin continuée par ses héritiers après sa mort.

Loysel, *du Douaire, Reg.* 39.

Tours, art. 336.

Coquille, *quest.* 147.

Arrêtés de Lamoignon, du Douaire, article 43.

[ARTICLE 1463.]

31. Si le mari ne s'est plaint en Justice pendant sa vie de la conduite de sa femme, ses héritiers après sa mort ne sont pas recevables à proposer, même par forme d'exception, le fait d'adultère, pour la faire décheoir de son Douaire.

LOYSEL, *du Douaire*, *Reg.* 39.

Touraine, *article* 339.

COQUILLE, *Quest.* 147.

Arrêtés de Lamoignon, *art.* 44.

LOUET et BRODEAU, *lettre D*, *chapitre* 43, *lettre I*, *chapitre* 4

---

* *Loysel* (*Laurière*, *Dupin*), *Inst. Cout.*, *Douaires*, *n°* 39, *p.* 196. } 174. Femme qui forfait en son honneur perd son douaire, s'il y en a eu plainte par le mari ; autrement l'héritier n'est recevable d'en faire querelle.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *tit.* 34, *n°* 47. } La femme qui a quitté et abandonné son mari, et n'étoit avec lui lors de son décès, demeurera déchue de plein droit de son douaire, encore que le mari n'eût fait aucune plainte de son absence, si ce n'est qu'elle l'ait abandonné pour cause raisonnable, dont elle ait rendu sa plainte en justice.

---

* 6 *Pothier*, (*Bugnet*), *Douaire*, *n°* 256 *et s.* } 256. La principale cause pour laquelle une femme est privée de son douaire, est la cause d'adultère.

Il faut pour cela qu'elle en ait été déclarée convaincue par sentence du juge, sur la plainte intentée contre elle par son mari. Lorsque le mari n'a pas donné la plainte de son vivant, les héritiers du mari ne sont pas recevables à l'intenter, ni à offrir la preuve de l'adultère de la femme, pour se dispenser de lui payer son douaire.

Quelques coutumes en ont des dispositions, qui sont en cela conformes au droit commun généralement reçu.

Celle de Tours, art. 336, porte : " Femme noble ou rotu-" rière, qui forfait en son mariage, perd son douaire, s'il y " en a eu plainte faite par le mari en justice ; autrement n'en " pourra l'héritier faire querelle après la mort du mari."

Néanmoins, si depuis que la femme a été déclarée convaincue d'adultère, et déchue de son douaire et de toutes ses conventions matrimoniales, son mari l'avait reçue en sa maison, où elle aurait demeuré jusqu'à la mort de sondit mari, elle ne serait pas en ce cas privée de son douaire : la peine est censée n'avoir été prononcée contre la femme qu'en considération du mari, lequel en conséquence a le pouvoir de la remettre, et est censé l'avoir remise, lorsqu'il a reçu, jusqu'à sa mort, sa femme.

Quelques coutumes en ont des dispositions, qui sont en cela conformes au droit commun. Celle d'Anjou, art. 314, dit : " Si femme mariée, de sa propre volonté, par fornica-" tion, laisse et abandonne son mari, ou par jugement " d'Eglise, par sa faute et coulpe, est séparée d'avec son mari, " *et ne soit depuis réconciliée* à lui, elle perd son douaire."

Donc elle ne le perd pas lorsqu'elle s'est réconciliée, quoiqu'il y ait une sentence contre elle.

Ce qui est dit ici du jugement d'Eglise, est un vestige de l'entreprise que les juges d'Eglise avaient faite autrefois sur la juridiction séculière, en voulant connaître de ces causes ; mais il n'est pas douteux aujourd'hui qu'ils n'en peuvent connaître sans abus.

257. Une seconde cause pour laquelle la femme doit être privée de son douaire, est lorsqu'elle a abandonné son mari.

La coutume de Normandie en a une disposition ; elle dit : " Femme n'a douaire sur les biens de son mari, si elle n'était " avec lui lors de son décès (art. 361) " : ce qui se doit entendre, " quand elle a abandonné son mari sans cause " raisonnable, etc. (art. 362)."

Celle de Bretagne, art. 451, dit : " Femme qui laisse volon-" tairement son mari, et s'en va avec un autre, et n'est " avec son mari au temps de sa mort ; et aussi si elle le laisse

" et ne fait son devoir de le garder, et elle le peut faire au " cas que son mari ne la refuseroit ; jaçoit qu'elle ne s'en " aille avec un autre, ne doit être endouairée."

Les dispositions de ces coutumes étant fondées sur l'équité, doivent être observées partout.

Observez néanmoins, que, pour que la femme qui a quitté son mari, soit privée de son douaire, il faut que ce soit contre le gré de son mari qu'elle l'ait quitté, et qu'il lui ait fait sommation juridique de revenir avec lui, à laquelle elle n'a pas déféré : mais si c'est du consentement, au moins tacite, de son mari, qu'elle ne demeurait pas avec lui (ce qui se présume lorsque son mari ne s'en est pas plaint judiciairement), elle n'est sujette à aucune peine.

258. La débauche de la femme pendant sa viduité, surtout dans l'an du deuil, est, suivant la jurisprudence des arrêts, une troisième cause pour laquelle elle peut être privée de son douaire.

L'héritier du mari est reçu à en faire la preuve, quoique, pour l'honneur du mari, il ne fût pas admis à faire la preuve de celle du temps du mariage. Cela a été ainsi jugé par un arrêt du 15 avril 1571, rapporté par Anne Robert, *Rer. jud.*, liv. 1, cap. 13, par lequel, sur la preuve de la débauche d'une veuve Royer, pendant l'année du deuil, à laquelle preuve les héritiers avaient été admis, ladite veuve Royer fut privée de son douaire. (Renusson, ch. 12, nº 17.)

Il suffit même, pour la privation du douaire, que la veuve soit convaincue d'une simple fornication dans l'an du deuil. C'est ce qui résulte de ce qui est rapporté au *Journal des Audiences*, t. 1er, liv. 5, ch. 26 (arrêt du 7 janvier 1648). La veuve, dans l'an du deuil de son premier mari, après des fiançailles avec un homme qu'elle avait été obligée de faire venir chez elle pour conduire son labour, avait eu habitude avec cet homme son fiancé, qu'elle avait épousé depuis : elle avait été pour cela privée de son douaire par le premier juge. Le journaliste rapporte que M. l'avocat général (Bignon), sur les conclusions duquel la sentence fut infirmée, et la veuve dé-

chargée de la peine, ne s'y détermina que par la réunion de toutes les circonstances du fait, qui tendaient à l'excuser, et à la charge que l'arrêt ne pourrait tirer à conséquence. (Renusson, ch. 12, nº 18.)

Dumoulin, *in Cons. Par.*, § 30, nº 143, en fait une maxime : *Mulier, si infrà annum luctùs commiserit stuprum, perdit donata et relicta ; et hoc manet in viridi observantiâ.*

259. Il y a des arrêts qui ont prononcé la peine de privation de douaire, contre des femmes convaincues du crime de supposition de part. Dufrêne, au *Journal des Audiences,* en rapporte un du 6 (ou du 3) juin 1636, qui est aussi rapporté par Renusson (ch. 12, nº 11).

---

* *Lemaistre, Plaidoyers, p.* 601. } A été rendu le 11. d'Avril 1571. en la troisiéme Chambre des Enquestes l'Arrest de Royer si celebre dans le Palais, par lequel on a jugé qu'une veuve ayant demandé son doüaire, les heritiers du mary étoient recevables à prouver qu'elle avoit vécu impudiquement depuis sa viduité ; et en ayant fait preuve, ils furent déchargez du payement de son douaire.

---

* 1 *Revue de Législ., p.* 450. } *Arrests de Sœfve, p.* 425, *ch.* 64.—*Si la femme qui par caprice ou legereté d'esprit s'est retirée, et a vécu séparée d'avec son mary pendant plusieurs années, sans l'avoir mesme assisté à la mort, peut prétendre quelque part dans la communauté établie par la Coûtume, ou stipulé par le Contract de mariage.*

Une femme qui estoit en communauté avec son mary par le Contract de mariage passé entr'eux dans la Coûtume de Bourbonnois, qui la reçoit mesme dans tous les Contracts de mariage, où il n'y a point de clause contraire, poursuit contre luy la séparation de corps et de biens, dont elle est déboutée par sentence depuis confirmée par arrest. Ensuite dequoy la division n'ayant pas lassé de continuer entr'eux,

les parens communs tant du mary que de la femme s'entremettent pour les accorder, et finalement jugent à propos que pendant quelque temps la femme se retire d'avec son mary, et cependant qu'il luy soit payé par luy une pension de 300 liv. par chacun an : ce qui est exécuté non seulement pendant le temps qui avoit esté avisé et limité par les parens communs, mais encore pendant plus de vingt années au delà, aprés lesquelles le mary estant decedé sans enfans, la femme informée de son déceds s'avise en qualité de veuve dudit défunt de faire appeler ses héritiers pardevant lé Seneschal de Bourbonnois, ou son Lieutenant General à Moulins, pour voir dire entre'autres choses, que partage sera fait entr'eux et elle des biens et effets de leur communauté, dont les dits héritiers se défendent sur sa séparation et longue absence d'avec son défunt mary, pendant laquelle n'ayant point contribué à l'accroissement ou conservation des effets de ladite communauté, il n'estoit pas juste qu'elle y prist aucune part, joint qu'elle s'en estoit renduë indigne par l'abandonnement qu'elle avoit fait de son mary, tant pendant sa vie qu'aprés sa mort, ayant negligé de luy rendre les derniers devoirs : Surquoy le Juge ayant rendu sa Sentence, et par icelle adjugé à la femme le droit de communauté, jusques en l'année 1646, qui est le temps auquel la separation d'avec son mary avoit commencé, et déclarée dechuë du surplus ; La Cour par arrest rendu en l'Audience de la Grand'Chambre à huis clos, le Mercredy 20 Janvier 1672, sur l'appel interjetté par la femme de ladite Sentence, en ce qu'elle ne lui avoit pas adjugé indefiniment les conclusions de sa demande, mit l'appellation au neant : Ordonna que ce dont avoit esté appellé sortiroit son plein et entier effet, condamna l'appellante en l'amende et aux dépens, suivant les conclusions de monsieur l'avocat general Talon. Ce qui est à remarquer, est que cette separation n'avoit point esté faite dans les formes ordinaires et necessaires pour donner lieu à une dissolution de communauté, n'y ayant eû aucune enqueste ou information precedente, n'ayant esté precedée d'aucun jugement qui l'eût

ordonnée, n'ayant esté suivie d'aucun partage ou inventaire fait des biens de ladite communauté, et finalement le mary n'ayant point restituée à sa femme ce qu'elle luy avoit apporté en se mariant : d'où l'on introduisoit que ladite communauté nonobstant cette pretenduë separation avoit toûjours duré jusques au jour de la dissolution du mariage par le predeceds du mary. Mais d'autre part les heritiers du mary ayant fait voir que la femme ayant demandë la separation ordonnée par le jugement arbitral des parens, confirmé par celui du Seneschal de Bourbonnois, l'ayant executée par la demeure séparée d'avec son mary pendant vingt-deux ans et plus, et ne l'ayant pas mesme assisté à la mort, elle avoit de plein droit encouru la perte du droit qu'elle auroit pu prétendre en ladite communauté ; duquel d'ailleurs, ainsi qu'il a esté dit, elle s'estoit renduë indigne par les injures et outrages qu'elle avoit fait à son mary pendant sa vie, et le mépris qu'elle en avoit fait aprés sa mort, intervint l'arrest tel que dessus, qu'on peut dire n'estre pas singulier en son espece, puisqu'il se trouve avoir esté precedé d'un semblable du 6 Mars 1631, rapporté par Dufresne en son Journal des Audiances, par lequel une sentence de separation entre mary et femme, en laquelle il n'y avoit point eû d'enqueste, point de faits baillez, point d'appointement à produire, ayant esté executée l'espace de 28 ans, et pendant ce temps la femme tenu ménage à part, et manié son bien et revenu comme bon lui avoit semblé, estoit bonne et valable, et la femme qui demandoit de retourner en communauté avec son mary, ayant à cet effet interjetté appel de la sentence de separation déclarée non recevable.

---

* *Coquille*, *Quest.* 147, *p.* 279-280. } Les Jurisconsultes Romains ont trouvé bon, et leur intention a été loüée par les Empereurs, de faire interpretation, extension, ou restriction du texte des loix selon la vray-semblable intention des Legislateurs, et selon la raison d'icelle, si elle est declarée par la mesme loy, *l. quoties. ff. de legib. l. de pre-*

tio. ff. de Publiciana in rem act. l. illud. ff. ad legem. Aquil. Et nous faisons bien de le pratiquer ainsi en nos Coustumes, qui sont nostre droit civil. Les loix en general ont estimé indignes de recevoir bien-fait ceux qui sont ingrats envers leurs bien-facteurs ; et comme le donateur vivant peut revoquer à soy les choses données pour l'ingratitude du donataire, *l. ult. C. de revoc. donat.* ainsi apres la mort on doit tenir pour revoquée la donation pour cause de mort, l'institution d'heritier, ou le legs qui est fait à celuy qui se trouve ingrat envers le defunct, quand l'ingratitude est notable : comme s'il a mesdit et diffamé le testateur avec atrocité et gravité d'injures. S'il a esté negligent à faire traiter et penser le defunct malade, et par cette negligence sa mort soit advenuë. S'il est negligent de poursuivre par justice la mort et homicide du defunct, *l. 3. l. si inimicitiæ l. hæredem. ff. de his quib. ut. indig.* Si la mere, ou le futur heritier n'est soigneux de faire pourvoir de tuteur au pupille, *l. omnem. C. ad senatusc. Tertull. l. sciant. C. de legitim. hæred.* Qui a essayé de faire declarer serf, et de servile condition un pupille, *l. si impuberi. §. quamvis. ff. de tutorib. et curat. datis ab us.* Cela se dit és dispositions et ordonnance de derniere volonté, et és successions ab intestat. Mais quant aux donations entre-vifs, la difficulté est plus grande, pour ce qu'en la loy premiere et en la loy finale, *C. de revoc. donat.* il se dit, que les heritiers du donateur ne peuvent revoquer, si le donateur durant sa vie n'a fait de déclaration de sa volonté. Selon le texte desdites donations, semble qu'il se doit entendre, si le donateur a sceu cette ingratitude depuis la donation. Car s'il l'a sceuë, on tiendra vray-semblable qu'il l'a pardonnée. Ce qui peut se recüeillir par le mot *passus,* qui est en ladite loy finale ; *multo magis,* entre Chrestiens, ausquels est bien-seant, *imo* necessaire de pardonner les offenses. *Et quià regula est, injuriam dissimulatione aboleri, l. non solùm. §. I. ff. de inivr. et nuda voluntate aboletur, l. sed si unus. §. si cùm ante. ff. eod.* Celuy qui n'a rien sceu, ne sera pas estimé avoir pardonné : pourquoy je croy si l'injure, ou ingratitude est grandement

atroce et notable, *vel ea sit, ut publicè intersit non tolerari*, que l'heritier seroit bien recevable de revoquer, comme il est à croire que le defunct eust fait, s'il l'eust sceu. Et en cas semblable, la loy commande de suppléer la presompte volonté du defunct, pour faire croire que s'il l'eust sceu, il l'eust ainsi voulu, et ordonné, *l. in confirmando. et l. utilitatem. ff. de confirmando tut.* Doncques pourra l'heritier du mary accuser la veuve d'adultere, si le mari n'en a rien sceu ; non pas pour la faire punir des peines exemplaires, mais pour la faire declarer indigne des bien-faits de son mary ; comme du doüaire, ou donation ; mais non pas de sa dot, comme eust peu faire le mary durant le mariage. J'ay autrefois entendu qu'ainsi avoit esté jugé contre la vefue de l'huissier de Themenay. *Alex. cons.* 189. *vol.* 6. dit que les heritiers du mary peuvent accuser la femme d'adultere commis pendant la vie du mary, pour luy faire perdre sa dot, si le mary vivant a blasmé, ou s'est plaint de l'impudicité de sa femme, et allegue *Joann. de Imola. in l. cùm mulier. ff. soluto matrim.* Ou bien si le mary ne l'a pas sceu ; ou s'il l'a sceu, et n'a pas eu commodité d'en prendre vengeance : et allegue Salicet *in l. ult. C. de adult.* Et quant à la femme, qui s'est abandonnée impudiquement dedans l'an du deuïl, je croy qu'elle peut estre accusée par l'heritier, pour luy faire perdre son doüaire, et tous les advantages que le mariage luy a apportez ; pource que la loy presume que dés le vivant de son mary. elle vivoit impudiquement ; *in Auth. de restit. et ea quæ parit undecimo mense, cap. ult. collat. 4. Et tradit Paul. Castr. in l. sororem C. de his quib. ut indig. et Molin. in consuet. Paris.* §. 30. *nu.* 142. *Idem Castr. cons.* 147. *vol.* 2. *et Steph. Bertr. consil.* 122. *vol.* 3. tiennent que la veuve vivant impudiquement doit perdre sa dot ; comme par adultere durant le mariage : car elle a encores l'honneur du mariage, elle joüyt des privileges du mary ; si elle est pauvre, doit estre nourrie des biens de feu son mary, *Cynus. in l. ult. C. de bonis maternis : et quià sit injuria defuncto. l.* I. *ff. de his quib. ut indig. nec defertur dos fisco, sed proximis mariti idem Castr. d. cons.* 147. Mais il y a

grande raison de dire que si elle vit impudiquement, *etiam* apres l'an du deüil estant vefue, qu'elle doive perdre le doüaire. Car la vraye cause du doüaire est pour representer l'honneur et la dignité, qui a esté au mariage au temps qu'il duroit. Et comme le mary peut accuser sa femme d'adultere, pour estre separé d'elle, la faire reclure en un Monastere, et luy faire perdre sa dot, *Auth. sed hodie. C. ad leg. Inl. de adult.* qui est observée en France : ainsi, si le mary s'abandonne à adulterer, ou tient une concubine, sa femme peut requerir estre separée de luy *a thoro,* et demander restitution de sa dot ; mais non pas accuser son mary pour le faire punir, *cap.* I. *ext. ut lite non contest. Et ibi not. Abbas, et Decius consil.* 330. *vol.* 4. Toutesfois il est commun aux deux mariez, que si le mary accuse sa femme d'adultere, ou la femme le mary ; et l'accusé objecte et prouve que l'accusateur mary, ou femme a aussi adulteré, cette exception empesche l'effet de l'accusation, *cap. penult. et ult. extr. de adulter. et stupro :* où est mise cette raison, qu'il y a compensation de delits, quand ils sont pareils, *l. viro atque uxore. ff. soluto matrim.*

1464. La femme peut aussi être déclarée déchue de son douaire pour l'abus qu'elle fait de sa jouissance, dans les circonstances et sous les modifications énoncées en l'article 480.

1464. The wife may also be declared to have forfeited her dower by reason of the abuse she has made of her enjoyment, under the circumstances and modifications set forth in article 480.

---

* *Renusson, Douaire, ch.* 12, *nos* 21-22. } 21. La femme est encore privée de son douaire et usufruit és choses où elle malverse. Il y a plusieurs Coustumes qui en contiennent des dispositions. Par exemple, la Coustume de Bourbonnois article 264. dit : *Douairiere qui vend ou aliene aucune chose du*

douaire à perpetuitè, qui coupe et abbat les Arbres fruitiers ou marmaux, et les gros arbres, qui ne le furent depuis trente ans, doit perdre son douaire en la chose en laquelle elle a malversè par la maniere devant dite, et outre est tenuë de l'empirement et deterioration. La Coustume du Maine, article 324. dit: *Femme doit tenir heritage en bon état, comme les maisons, vignes ou partie d'icelles; de tailler et becher par deux années continuelles, elle perd son douaire, et est tenuë neanmoins de dédommager l'heritier; pareillement perd-elle son douaire si elle laisse cheoir par sa faute et coupe les maisons ou aucune d'icelles, qui lui ont été baillées pour son douaire; et par semblable de gros bois anciens qui ne furent coupez, passez à trente ans, et des arbres fructueux, si elle les fait couper. Mais elle pourroit bien, l'heritier appellè, ou la Justice, en défaut et absence de l'heritier, prendre des bois anciens pour reparer les maisons et choses necessaires dudit douaire; et aussi seroit elle punie par privation de douaire, quand elle vendroit ou alieneroit aucune desdites choses dudit douaire par heritage, et en outre l'heritier la peut contraindre par Justice, le reparer et dédommager; et à semblable est-il du bail et de tous usufruitiers.* La Coustume d'Anjou art. 311. contient même disposition que la Coustume du Maine.

22. Ces Coustumes sont fondées en la disposition de Droit. Il y a la loy *Item si fundi D. de usus. et quemad. Item si fundi ususfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, et sic tamen ut boni viri arbitratu fructus; nam Celsus scribit cogi eum posse rectè colere.* La Loy suivante dit: *Ex silva cædua, pedamenta et ramos usufructuarium sumpturum, ex non cædua, in vineam sumpturum dum ne fundum deteriorem faciat, sed si grandes arbores essent, posse eas cædere.* Il y a encore l'Authentique, *Qui rem, Cod. de Sacro-sanctis Ecclesiis. Qui rem hujusmodi conductam vel in Emphiteusim acceptam, fecerit deteriorem, aut Emphiteuticum Canonem per biennium non solverit, hac lege repelli potest, ut tamen solvat totius temporis pensionem, et id in quo rem læsit resarciat, non repetiturus, si quid impendit nomine melioratio-*

nis. Bartole, en la Loy *Divortio* §. *si fundum D. soluto matrimonio*, dit : *Nec Emphiteutas, nec usufructuarios, nec similes personas non posse arbores fructiferas cædere, nec quicquam demoliri ; quod si contra fecerint suo jure merito privari.*

Voy. *C. C. B. C.*, art. 480 et *Pothier*, cité sur art. 1463.

---

* *Pocquet de Livonnière, Règles, n°* 28, *p.* 186. } La veuve doit être privée de son Douaire, si elle en abuse et commet des dégradations et malversations.

Anjou, art. 311. *Maine, art.* 324.

Remarques de l'Auteur sur l'article 311 *d'Anjou.*

1465. Si la femme est déclarée déchue de son usufruit pour quelques unes des causes énoncées ci-dessus, ou si, après que le douaire est ouvert, elle y renonce purement et simplement, les enfants douairiers prennent la propriété à compter de la renonciation ou de la déchéance si elle a lieu après l'ouverture.

1465. If the wife be declared to have forfeited her usufruct for any of the causes above mentioned, or if, after the opening of the dower, she renounce it simply and absolutely, the dowable children take the property from the time of the renunciation, or of the forfeiture, if it take place after the opening.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 34, *n°* 65. } Si la veuve renonce purement et simplement à son douaire, ou qu'elle en soit déchue, les enfants qui en ont la propriété entreront en jouissance du jour de la renonciation ou d'échéance.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1463.

SECTION III.

DISPOSITIONS PARTICULIÈRES AU DOUAIRE DES ENFANTS.

1466. Les enfants auxquels le douaire est dû sont ceux issus du mariage pour lequel il a été constitué.

Sont réputés tels ceux qui, quoique nés des époux avant le mariage, ont été légitimés par son effet; ceux qui, conçus lors du décès du père, sont nés depuis, et aussi les petits-enfants dont le père, venant du mariage, est décédé avant l'ouverture du douaire.

Les enfants habiles à succéder à leur père, lors de son décès, sont les seuls qui ont le droit de prétendre au douaire.

SECTION III.

PARTICULAR PROVISIONS AS TO THE DOWER OF CHILDREN.

1466. The children entitled to dower are those who are born of the marriage for which it was constituted.

Children of the consorts who were born before the marriage, but are legitimated by it, are deemed to be children of the marriage; so are those who were conceived at the time of their father's death and are born afterwards; and so are also the grandchildren whose father being a child of the marriage, died before the opening of the dower.

Those children only can claim dower who were capable of succeeding to their father at the time of his death.

Voy. *Pand. frs.*, citées sur arts. 1439 et 2116.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *nº* 344 *et s. et nº* 392 *et s.* } 344. Lorsqu'un homme, en se mariant, ou la loi pour lui, constitue un douaire à la femme qu'il épouse, et que par la

loi ou par la convention ce douaire doit être propre aux enfants, c'est aux enfants de ce mariage, qui se trouvent, lors de l'ouverture du douaire, habiles à succéder, que ce douaire est dû.

Les enfants que cet homme aurait eus d'un autre mariage, ni ceux que la femme à qui le douaire a été constitué, aurait d'un autre mariage, n'ont donc aucune part à ce douaire. C'est ce qui résulte de ces termes des articles 249 et 255 de la coutume de Paris: *Douaire... est le propre héritage aux enfants issus du mariage.*

345. Les enfants nés du commerce que leurs père et mère ont eu ensemble avant leur mariage, étant légitimés depuis, sont censés être, par anticipation, *issus de ce mariage*; et de même qu'ils sont habiles à succéder, ils ont aussi droit au douaire.

346. L'enfant posthume dont la femme était enceinte lors de la mort de son mari, et qui est né depuis, vivant et à terme, quoiqu'il ne fût pas encore né au temps de la mort de son père, qui a donné ouverture au douaire, ne laisse pas d'avoir droit au douaire, de même qu'il est habile à succéder, suivant cette règle de droit: *Is qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur.*

347. Les petits-enfants d'un enfant du mariage qui est prédécédé, sont aussi censés *enfants issus du mariage;* et ils ont le même droit au douaire de leur aïeul, qu'ils ont à sa succession.

Quand même ces enfants auraient déjà eu un douaire dans les biens de leur père, cela ne les exclurait pas du droit qu'ils ont au douaire de leur aïeul.

348. Lorsqu'un enfant unique qui a survécu à son père, a renoncé à la succession et au douaire; quoique par sa renonciation les enfants de cet enfant, comme étant dans le degré suivant, aient droit à la succession de leur aïeul, néanmoins ils n'ont pas droit au douaire; car l'enfant à qui ce douaire était déféré, et qui y a renoncé, en a libéré la succession.

349. Il n'y a que les enfants qui sont habiles à succéder,

qui aient droit au douaire : ceux qui, au temps de l'ouverture du douaire, n'ont plus l'état civil, qu'ils ont perdu, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à une peine capitale, n'étant pas habiles à succéder, n'ont pareille ment aucun douaire.

Ceux qui ont été exhérédés par leur père pour une juste cause, n'ayant plus de droit à la succession, n'ont plus pareillement aucun droit au douaire.

392. Après l'ouverture du douaire, le douaire se partage entre les enfants qui y ont droit.

Ceux qui n'y ont jamais eu de droit, ne sont pas comptés, et n'y font pas de part.

Tels sont ceux qui sont prédécédés sans laisser aucun enfant qui les représente ; car étant décédés avant l'ouverture du douaire, ils n'ont pu jamais y avoir aucun droit. On ne doit pas compter non plus ceux qui, lors de l'ouverture du douaire, n'ont plus l'état civil, qu'ils ont perdu, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à une peine capitale; car étant retranchés de la société civile, ils sont incapables d'aucun droit.

On ne doit pas compter non plus celui qui a été exhérédé par le père pour une juste cause ; car l'exhérédation le prive de tout droit aux biens de son père; du droit de venir au douaire, comme de celui de venir à sa succession.

393. Doit-on compter l'enfant qui pourrait avoir part au douaire en renonçant à la succession, mais qui s'en est exclu en prenant la qualité d'héritier ?—Oui. Il se fait confusion de la part qu'il eût eu droit d'avoir dans le douaire, plutôt qu'elle n'est vacante; il est censé s'en être payé dans les biens de la succession qu'il a recueillie. Sa part ne doit donc pas accroître aux autres douairiers ; mais elle doit demeurer confondue dans la succession. C'est pourquoi si, de quatre enfants qu'un père a laissés, il y en a un qui a accepté la succession, et trois qui se sont tenus au douaire, l'héritier ne doit payer à chacun des trois douairiers que le quart du douaire; l'autre quart demeure confondu dans la succession.

La coutume de Valois en a une disposition en l'art. 110, où il est dit : " Aucun ne peut être héritier et douager ; mais en " acceptant la succession du père, la part et portion du " douaire contingente audit acceptant est confuse en ladite " succession en sa personne."

Celle de Senlis, art. 186, dit pareillement : " Si le père va " de vie à trépas, délaissés plusieurs enfants, l'un desquels " renonce, et accepte le douaire, et les autres se portent héri- " tiers ; celui qui aura renoncé à la succession, n'aura audit " douaire que telle part et portion que si les autres se fussent " déclarés douairiers et non héritiers."

Les dispositions de ces coutumes étant fondées sur les principes de la matière, doivent être suivies dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

394. Il en est de même lorsque, de quatre enfants, trois sont douairiers, et le quatrième a renoncé tant à la succession qu'au douaire, pour se tenir aux donations qui lui ont été faites par son père : sa part n'accroît pas aux autres enfants, qui ne peuvent prétendre que leur quart du douaire. La raison est, que la part qu'avait droit de prétendre dans le douaire l'enfant renonçant, n'est pas vacante : cet enfant en est payé par les donations qui lui ont été faites. Son père, en les lui faisant, est censé les lui avoir faites en paiement de ce qui lui revenait pour sa part dans le douaire, et en avoir libéré sa succession.

395. Il y a plus de difficulté lorsque celui des enfants qui renonce tant à la succession qu'au douaire, y renonce gratuitement, sans avoir rien reçu de son père. Duplessis (ch. 4, sect. 4) décide que la part de ce renonçant accroît en ce cas aux autres enfants douairiers, qui peuvent en conséquence prétendre le total du douaire. La raison est, que le douaire est une espèce de substitution et de fidéicommis légal dont la loi charge le père au profit des enfants qui naîtront du mariage, lesquels y sont appelés, *collectivè*, *conjunctim*, *nullis adscriptis partibus ;* que ces enfants sont, par rapport à ce fidéicommis légal, *conjuncti re et verbis*, *inter quos est locus*

juri accrescendi. Lorsque les enfants d'une personne sont appelés *conjunctim*, *nullis adscriptis partibus*, à une substitution, par une donation ou par un testament, il y a lieu entre eux au droit d'accroissement, et la part de celui qui renonce à la substitution accroît aux autres : pourquoi n'y aurait-il pas pareillement lieu dans le cas de cette espèce de substitution à laquelle il sont appelés par la loi ou par la convention du douaire ?

Le parlement de Normandie a embrassé l'opinion contraire, il est dit en l'art. 89 de ses arrêts : " Les enfants n'auront pas le tiers entier, si tous n'ont renoncé : mais celui qui aura renoncé, aura la part audit tiers, qu'il aurait eue si tous avait renoncé."

Lemaître, sur la coutume de Paris (tit. 11, ch. 2), s'est aussi décidé contre l'accroissement. Les raisons qu'il rapporte pour son opinion me paraissent faibles. Il dit que le douaire est une créance que les enfants ont contre la succession de leur père ; que la renonciation que fait l'un d'eux au douaire, est une remise qu'il fait de la part qu'y a l'héritier de son père, qui en est le débiteur ; que c'est l'héritier, à qui la remise est faite, qui en doit profiter.

La réponse est, qu'une substitution est pareillement une créance que les substitués ont contre l'héritier du grevé qui en est le débiteur. Cela n'empêche pas qu'il n'y ait lieu entre les substitués au droit d'accroissement des parts de ceux qui les répudient. Lorsque l'un des substitués répudie la substitution, on ne doit pas dire qu'il fait remise de sa part à l'héritier qui en est le débiteur ; on doit plutôt dire que par la renonciation qu'il fait à la part qu'il eût pu prétendre, il n'y a jamais eu de part, et que le total est demeuré à ses co-substitués, *jure non decrescendi*, *magis quàm jure accrescendi.* Pareillement, lorsqu'un des héritiers renonce gratuitement au douaire, on ne doit pas dire qu'il fait remise de sa part à la succession du père, qui en est débitrice ; mais plutôt qu'en renonçant à la part qu'il eût pu y prétendre dans le douaire, il n'y a jamais eu aucune part et que le total doit demeurer

aux autres enfants : *Utrobiquè eadem ratio, utrobiquè idem jus statuendum est.*

396. Si l'enfant qui a renoncé gratuitement au douaire, avait déclaré expressément, par une clause de l'acte de renonciation, qu'il y renonçait en faveur de la succession de son père, il n'est pas douteux en ce cas, qu'il n'y aurait pas lieu au droit d'accroissement, et que la part de ce renonçant doit rester dans la succession. L'enfant, dans ce cas, est censé avoir accepté la part qu'il avait droit d'avoir dans le douaire, et en avoir disposé au profit de la succession de son père, pour qu'il s'y trouvât de quoi acquitter les dettes de son père, et faire honneur à sa mémoire.

397. Lorsque le douaire est un douaire préfix qui consiste en une rente ou en une somme d'argent, il n'y a pas de partage à faire; chacun y a sa part.

Lorsqu'il consiste en héritages, le partage doit s'en faire entre les douairiers, comme se font les partages entre des copropriétaires. *V.* à cet égard notre *Traité du Contrat de Société*, et le premier *Appendice.*

---

* *Lamoignon, Arrêtés,* *tit.* 34, *nos* 56-63 } 56. Le douaire, qui est propre aux enfants par la coutume ou par la convention du contrat de mariage, appartient aux enfants issus du même mariage en faveur duquel a été constitué le douaire.

63. Si aucuns des enfans décédés avant leur pere ont laissé des enfans, ils prendront par représentation dans les fonds du douaire la même portion qui eût appartenue à leur pere s'il eût survécu.

---

* 12 *Pand. frs.,* *p.* 174. } Nous disons qu'il n'y a que les enfans *habiles à succéder*, et non pas qui sont héritiers. En effet, loin que cette qualité soit nécessaire pour prendre le douaire, elle y est au contraire un obstacle. C'est une maxime connue, *que nul n'est héritier et douairier en même temps.* Les enfans, pour prendre douaire dans les biens

de leur père, doivent renoncer à sa succession. La raison en est évidente : s'ils acceptaient la succession, l'obligation du douaire qu'ils contracteraient envers eux-mêmes s'éteindrait par la confusion; et, tenus des dettes de la succession, ils ne pourraient conserver les héritages sujets au douaire, comme tous les autres, qu'en les acquittant.

1467. L'enfant qui se porte héritier de son père, même par bénéfice d'inventaire, ne peut prendre part au douaire.

1467. A child who assumes the quality of heir to his father, even under benefit of inventory, can have no share in the dower.

---

* *Cout. de Paris*, *arts.* 250-51-54. } 250. Si les enfans venans dudit mariage ne se portent heritiers de leur pere, et s'abstiennent de prendre sa succession, en ce cas ledit Doüaire appartient ausdits enfans purement et simplement, sans païer aucunes dettes procedantes du fait de leur pere, créées depuis ledit mariage. Et se partit le Doüaire, soit prefix ou coûtumier, entr'eux, sans droit d'aînesse ou prérogative.

251. Nul ne peut être Heritier et Doüairier ensemble pour le regard du Doüaire coûtumier ou prefix.

254. Si les enfans du premier mariage meurent avant leur pere pendant le second mariage, la veuve et autres enfans dudit second mariage les survivans, n'ont que tel Doüaire qu'ils eussent eu, si les enfans dudit premier mariage étoient vivans. Tellement que par la mort des enfans dudit premier mariage, le Doüaire de la femme et enfans dudit second mariage, n'est augmenté, et ainsi conséquemment des autres mariages.

Voy. *Renusson*, cité sur art. 1437.

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaire*, *n*os 350, 351. } 350. Les enfants, pour pouvoir prétendre le douaire dans les biens de leur père, doivent renoncer à sa succession.

C'est ce qui résulte des articles 250 et 251 de la coutume de Paris. Il est dit en l'article 250 : " Si les enfants venant " dudit mariage ne se portent héritiers de leur père, et " s'abstiennent de prendre sa succession, en ce cas le douaire " appartient auxdits enfants, purement et simplement, etc." L'article 251 dit : " Nul ne peut être héritier et douairier " ensemble, pour le regard du douaire coutumier ou préfix."

Quelle est la raison de cette incompatibilité ?

Dumoulin, en sa note sur l'article 178 de la coutume de Senlis, dont la disposition est semblable à celle de Paris, en rapporte cette raison : *quia*, dit-il, *tenentur doarium conferre* (*arrestum famosum vigilia natalis Domini* 1515). Des enfants venant à la succession de leur père, ne peuvent avoir aucun avantage les uns sur les autres, dans les biens de leur père. A l'exception seulement de celui que la loi fait à l'aîné pour son droit d'aînesse, tous les autres avantages faits à quelqu'un des enfants, soit qu'ils les tiennent de leur père, par les donations qu'il leur aurait faites, soit qu'ils les tiennent du bénéfice de la loi, tels qu'est le douaire, doivent être rapportés et conférés : par conséquent un enfant qui est héritier, serait inutilement douairier vis-à-vis des autres enfants ses cohéritiers, soit du même lit, soit d'un autre lit ; parce qu'il serait tenu de leur conférer ce qu'il aurait à titre de douaire.

Lorsqu'il n'y a qu'un enfant unique héritier, cette raison ne milite pas, mais il y en a une autre encore plus décisive, pour que cet enfant unique héritier ne puisse être douairier ; c'est que le douaire est une dette de la succession du père envers ses enfants. Etant, en sa qualité d'unique héritier de son père, seul tenu de toutes les dettes de la succession de son père, il ne peut pas être débiteur du douaire envers lui-même ; il ne peut pas en être tout à la fois le débiteur et le créancier ; ce sont deux qualités qui se détruisent nécessairement.

Un enfant peut-il être douairier et héritier sous bénéfice d'inventaire ?

S'il y a d'autres enfants qui viennent avec lui à la succession, il ne peut pas, vis-à-vis d'eux, être douairier, quoiqu'il ne soit qu'héritier sous bénéfice d'inventaire ; car un héritier, quoique sous bénéfice d'inventaire, est un véritable héritier, tenu par conséquent, en cette qualité, au rapport envers ses cohéritiers, auquel la loi oblige les enfants qui viennent à la succession de leur père. Le bénéfice d'inventaire n'est établi que contre les créanciers, pour empêcher que l'héritier qui y a recours, ne soit tenu envers les créanciers, des dettes de la succession *ultrà vires ;* mais ce bénéfice d'inventaire ne peut déroger à la loi du rapport qui doit avoir lieu au partage des biens de la succession.

Il suffit même qu'un enfant se soit porté héritier, quoique sous bénéfice d'inventaire, pour qu'il ne puisse plus, en renonçant à la succession bénéficiaire, demander sa part du douaire à ses cohéritiers. C'est ce qui a été jugé entre deux sœurs cohéritières de leur père, par un arrêt rendu en forme de règlement, du 23 février 1702, qui est dans le Recueil de Joui, et au cinquième tome du *Journal des Audiences* (liv. 2, ch. 12).

351. Un enfant peut-il, vis-à-vis des créanciers de la succession de son père, être héritier sous bénéfice d'inventaire, et douairier, de manière qu'il puisse, en abandonnant aux créanciers les biens de la succession bénéficiaire, prendre sur les héritages de ladite succession, son douaire préférablement aux créanciers postérieurs au mariage ?

La raison de douter est, qu'il semble que la coutume appose au douaire, comme une condition absolue, que l'enfant renonce à la succession de son père, afin de pouvoir avoir le douaire. Elle dit en l'article 250 : " Si les enfants ne se " portent héritiers de leur père, et s'abstiennent des biens de " sa succession, en ce cas ledit douaire appartient auxdits " enfants purement et simplement, sans payer aucunes dettes

créées depuis le mariage." Et en l'article 251, elle dit absolument et indistinctement: "Nul ne peut être héritier et "douairier." D'où on conclut que ces deux qualités d'*héritier* et de *douairier* sont absolument incompatibles; qu'un enfant ne peut les réunir en sa personne; et que tous ceux qui ont intérêt de l'empêcher d'être douairier, les créanciers de la succession, aussi bien que ses cohéritiers, peuvent opposer à l'enfant cette incompatibilité de qualités, pour l'empêcher de prendre un douaire dans les biens de la succession: on cite même un arrêt en faveur de cette opinion.

Nonobstant ces raisons, on doit décider qu'un enfant peut, vis-à-vis des créanciers de la succession de son père, être douairier et héritier sous bénéfice d'inventaire. La raison est, que l'effet du bénéfice d'inventaire est de conserver à l'héritier qui y a recours, tous les droits et toutes les créances qu'il a contre la succession. L'enfant qui y a recours doit donc conserver son douaire, qui n'est autre chose qu'une créance qu'il a contre la succession de son père. Il peut donc, vis-à-vis des créanciers de la succession, être héritier et douairier.

A l'égard de l'objection qu'on fait, que la coutume dit absolument et indistinctement, qu'on ne peut être héritier et douairier, je réponds qu'il est dit pareillement, *qu'aucun ne peut être héritier et donataire;* Blois, art. 158: néanmoins tout le monde convient que cette maxime n'a d'application que vis-à-vis des cohéritiers de l'enfant donataire, auxquels, lorsqu'il est héritier, il doit conférer et rapporter tout ce qui lui a été donné; mais que cette règle n'empêche pas un enfant qui n'a pas de cohéritiers, d'être héritier par bénéfice d'inventaire, et donataire, sans que les créanciers de la succession bénéficiaire puissent lui opposer cette règle pour l'obliger au rapport des choses qui lui ont été données entre-vifs. Pourquoi ne dira-t-on pas pareillement que la règle, *nul ne peut être héritier et douairier*, n'a d'application que vis-à-vis des cohéritiers du douairier, auxquels l'enfant qui se porte héritier, doit rapporter et conférer son douaire; d'autant que

c'est le sens dans lequel Dumoulin l'a entendu en sa note ci-dessus rapportée ?

Cette question a été décidée par un arrêt du 4 mars 1750, en la quatrième chambre des enquêtes, au rapport de M. de Lépine de Granville, par lequel il a été jugé que les enfants du sieur Fumée-Dubuisson, quoiqu'ils se fussent portés héritiers sous bénéfice d'inventaire de leur père, ayant depuis renoncé aux biens de cette succession, étaient bien fondés dans une demande hypothécaire contre les enfants du sieur Dupont, qui avait acquis des biens hypothéqués à leur douaire.

On avait opposé un arrêt du 7 juillet 1674, rapporté (par Renusson, ch. 10, n° 8), par lequel un enfant qui avait fait abandon des biens de la succession de son père, sous bénéfice d'inventaire, était, nonobstant cet abandon, non recevable à demander le douaire. On répondait que cet arrêt était dans une espèce différente ; qu'il était dans l'espèce d'un douaire d'une somme d'argent, avec la clause que la femme l'aurait sans retour. La propriété d'un tel douaire est censée accordée à la femme, non-seulement pour le cas auquel il n'y a pas d'enfants, mais pareillement pour le cas auquel les enfants seraient héritiers; la propriété n'en est laissée aux enfants que dans le cas auquel ils renonceraient à la succession, pour prendre la qualité de *douairiers.* L'enfant ayant donc accepté la succession, a fait exister la condition sous laquelle la propriété en a été accordée à la femme. Il n'est donc plus recevable à la demander, nonobstant l'abandon qu'il offre de faire ; car cet abandon n'empêche pas qu'il ne demeure héritier: *Semel hæres, semper hæres.* Il ne peut opposer à la douairière ni à ses héritiers le bénéfice d'inventaire, qui n'est établi que contre les créanciers.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 34, *n°* 61. } L'enfant qui est héritier de son pere, même par bénéfice d'inventaire, ne peut être douairier, et sa portion du douaire accroîtra à l'hé-

rédité, et n'augmente point les portions des autres enfants qui se tiennent au douaire.

---

* 2 *Prevost de la Jannès*, *Douaire*, *p.* 128. } Ils perdent le douaire, s'ils acceptent la succession de leur pere ; car c'est une regle de droit coutumier, qu'on ne peut être héritier et douairier : l'enfant héritier bénéficiaire pourroit l'être cependant vis-à-vis dės créanciers, en renonçant à la succession et la leur abandonnant.

---

* 12 *Pand. frs.*, *pp.* 175-6. } Un enfant qui accepte sous bénéfice d'inventaire, peut-il être héritier et douairier en même temps? S'il y a d'autres enfans qui viennent avec lui à la succession, il faut décider qu'il ne peut pas, vis-à-vis d'eux, cumuler les deux qualités. La raison est que le bénéfice d'inventaire n'empêche pas qu'il ne soit véritablement héritier. En cette qualité il est tenu, vis-à-vis d'eux, au rapport auquel la loi oblige tous les enfans qui viennent à la succession de leur père. Le bénéfice du rapport n'a d'effet que vis-à-vis des créanciers, pour empêcher que l'héritier bénéficiaire ne soit tenu des dettes au delà des forces de la succession.

Mais à l'égard de ces derniers, rien n'empêche que l'enfant qui accepte sous bénéfice d'inventaire, ne soit héritier et douairier en même temps, parce qu'il n'est pas soumis à la loi du rapport vis-à-vis d'eux. On en avait doúté autrefois, d'après les termes des Coutumes ; mais on s'est accordé pour l'affirmative ; et elle peut faire encore moins de difficultés aujourd'hui que les Coutumes ont perdu leur empire. En conséquence, l'enfant qui a accepté sous bénéfice d'inventaire peut, en abandonnant les biens, demander le douaire.

---

* 2 *Laurière*, *sur art.* 251, *Cout. de Paris.* } On a demandé si l'héritier, *sous bénéfice d'inventaire*, pouvoit, *en y renonçant*, revenir au *Douaire ?* Nos anciens Commenta-

teurs sur cet article, comme Charondas, Tronçon, Riccard, Brodeau sur M. Louet, lettre H, sommaire 13, n. 3, et Tournet, ont été d'avis que *l'héritier bénéficiaire* ne pouvoit être *douairier* ; et entre les nouveaux, Auzannet a été de ce sentiment. *Voyez* Bacquet *des Droits de Justice*, chap. 15, n. 32, 33, 34, etc.

La raison que Tournet en donne, est que *aditione hereditatis sit confusio obligationis. Lege debitore. Lege Uranius. Dig. de fidejussoribus.* Que les qualités d'héritier et de douairier sont incompatibles ; que le douairier est créancier du pere, *et par ainsi ne peut être son héritier, et qu'il a été ainsi jugé contre l'héritier sous bénéfice d'inventaire, par Arrêt du* 9 *Août* 1591. Mais cette raison ne vaut rien.

Le bénéfice d'inventaire introduit par Justinien, ne consiste qu'en deux chefs, comme Bacquet et Me. Auzannet le remarquent.

Le *premier*, en ce que l'héritier n'est tenu des dettes du défunt, que jusqu'à concurrence des biens contenus dans son inventaire, s'il est fidele.

Et le *second*, en ce qu'il ne fait pas confusion des sommes que le défunt lui devoit ; de sorte que si l'enfant, héritier bénéficiaire de son pere, étoit aussi créancier de son Douaire, il s'ensuit, contre Tournet, qu'il ne le confondroit pas.

On doit savoir que tout enfant est créancier envers son pere, ou de son *Douaire* ou de sa *légitime*, au défaut de sa portion héréditaire, mais que ces créances sont incertaines, jusqu'à ce qu'il ait pris qualité en majorité.

S'il prend la qualité d'héritier, il est *créancier de sa légitime*, qui est la moitié de ce qu'il auroit eu *ab intestat*, si son pere n'avoit pas disposé de son bien par des donations ; et comme le majeur qui a pris une qualité ne peut plus varier, il n'a plus de *Douaire* à demander. S'il renonce à la succession de son pere, il est *créancier de son Douaire*, et ne peut plus être, ni héritier, ni légitimaire. Or comme il n'est pas *créancier de sa légitime, s'il renonce à la succession de son pere, il n'est pas aussi créancier de son Douaire, s'il est son héritier, même sous*

bénéfice d'inventaire ; en sorte qu'il est manifestement contre le bon sens d'agiter la question de savoir si cet héritier qui n'est pas créancier de son Douaire, en fait la confusion, ou s'il ne la fait pas.

Mais, dira-t-on, n'est-il pas des maximes que l'héritier, sous bénéfice d'inventaire, peut renoncer ? On répond qu'il peut renoncer à *l'administration des biens de la succession qu'il a acceptée, si elle lui est onéreuse ;* mais qu'il ne peut renoncer à la *qualité d'héritier* qui lui demeure toujours ; et de-là vient que, quoiqu'il ait renoncé, il est obligé au rapport envers ses cohéritiers, et que s'il reste quelque bien, les dettes payées, le surplus lui doit appartenir, et non au fisc.

Les Praticiens, qui ne raisonnent jamais par principes, soutiennent que *l'héritier bénéficiaire* ne peut être *Douairier* par rapport à ses cohéritiers, mais qu'il peut être *Douairier* par rapport à des étrangers, suivant deux Arrêts, dont un est au Tome II, *in-folio*, du Journal du Palais, p. 502 ; et l'autre rapporté par Me. Augeart dans son *Recueil d'Arrêts*, Tome II, chap. 31, pag. 340, sans faire attention que ce qui est impossible par rapport aux uns, le doit être également par rapport aux autres.

Celui qui se porte héritier contracte tacitement avec les créanciers du défunt et avec ses légataires, §. *heres. Institutionibus. De obligationibus quæ ex quasi contractu.*

Or il n'est pas au pouvoir d'un débiteur de se liberer quand il lui plaît, sans payer son créancier.

Et par conséquent il n'est pas au pouvoir de l'héritier, quel qu'il soit, de renoncer à la succession qu'il a acceptée malgré les créanciers et les légataires.

D'ailleurs quand un héritier, quel qu'il soit, a accepté une succession, cette succession cesse d'exister, et les biens qui la composoient deviennent les biens de l'héritier.

Or il n'est pas au pouvoir de l'héritier de faire revivre, en renonçant, une succession qui n'est plus.

Et par conséquent il n'est pas au pouvoir d'un héritier de

répudier la succession qu'il a acceptée à l'effet de n'être plus héritier. D'où il résulte que celui qui est une fois héritier ne peut jamais cesser de l'être, quand même il seroit héritier sous bénéfice d'inventaire. *Vide Jacob. Gothof. ad Leg.* 77, *de regulis juris*, *p.* 345, *in fine.*

Mais, dira-t-on, l'héritier bénéficiaire n'est-il pas tous les jours admis à renoncer, en rendant compte aux créanciers?

On répond qu'il est admis à renoncer, comme on l'a dit, à *l'administration des biens* qu'il a eus du défunt; mais qu'il n'est pas admis à renoncer à la *succession*, parce qu'il n'est pas possible de renoncer à une succession qui n'est plus, à l'effet de la faire revivre. De sorte que dans ce cas le curateur qui est donné, est mal *appellé curateur à la succession vacante*, devant être nommé curateur *aux biens vacans*, comme dans les articles 151, 152. *Vide Antonium Fabrum, lib.* 17, *conjectur. cap.* 2, *n.* 5, *p.* 616; *et Chiseum, libro* 1, *interpretationum, cap.* 13, *n.* 19, *cap.* 7, *n.* 4, *et cap.* 25, *n.* 8.

---

* 2 *Argou, Liv.* 3, *ch.* 10, *p.* 143 (*contrà*). } Sur quoi l'on a demandé, si les enfans qui avoient accepté par bénéfice d'inventaire la succession du pere, peuvent, en renonçant et rendant compte du contenu en l'inventaire, se porter douairiers. La jurisprudence des Arrêts a introduit une distinction qui est très-équitable. Lorsqu'il y a d'autres enfans qui sont héritiers donataires et légataires du pere, ceux qui ont une fois accepté la succession du pere, ne peuvent plus y renoncer pour avoir le douaire au préjudice de leurs freres et sœurs; mais quand il n'y a que des créanciers, on admet la renonciation des enfants par une raison d'équité, qui est néanmoins contraire à la rigueur du droit, qui veut que celui qui s'est une fois porté héritier, ne puisse jamais cesser de l'être.

[ARTICLE 1468.]

1468. Pour pouvoir se porter douairier, l'enfant est tenu de rapporter à la succession de son père tous les avantages qu'il en a reçus, en mariage ou autrement, ou moins prendre dans le douaire.

1468. In order to be entitled to dower, the child is bound to return into the succession of his father all such benefits as he has received from him, in marriage or otherwise, or to take less in the dower.

---

* *Cout. de Paris, art.* 252. } Celui qui veut avoir le Doüaire doit rendre et restituer ce qu'il a eu et reçu en mariage et autres avantages de son pere, ou moins prendre sur le Doüaire.

---

* 2 *Laurière, sur art.* 252, *Cout. de Paris.* } Le Douaire est une espece de légitime donnée aux enfans sur les biens de leur pere. Pour l'avoir, il faut donc que les enfans n'aient rien eu de leur pere ; et ainsi tout ce qui s'impute sur la légitime, s'impute aussi sur le Douaire : ce qui ne reçoit aucune difficulté, quand les enfans qui prennent le Douaire n'ont plus de mere.

Voy. *Argou*, cité sur art. 1443.

---

* 6 *Pothier* (*Bugnet*), *Douaires*, *nos* 352, 353. } 352. C'est une maxime, que les enfants ne peuvent avoir don et douaire. La coutume de Paris s'en explique en l'article 252, où il est dit : " Celui qui veut avoir le douaire, doit rendre et restituer ce qu'il a eu et reçu en mariage, et autres avantages " de son père ; ou moins prendre sur le douaire."

La raison de cette disposition est tirée de la nature du

douaire des enfants. Ce douaire, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 293, est une espèce de légitime que la loi municipale assure aux enfants sur les biens de leur père, pour leur subvenir contre la dissipation qu'il en pourrait faire. De là il suit que, de même que tout ce qu'un père donne à ses enfants s'impute sur la légltime qu'il leur doit, lorsqu'ils se tiennent à leur légitime, pareillement tout ce qu'il leur a donné, doit s'imputer sur leur douaire, ce douaire étant une espèce de légitime.

353. Si, par la donation qu'un père a faite à un de ses enfants, il était expressément stipulé que l'enfant ne serait pas obligé d'imputer sur son douaire les choses comprises en la donation, cette clause serait-elle valable ?

Elle est nulle vis-à-vis des autres enfants héritiers, et vis-à-vis des créanciers antérieurs à la donation.

A l'égard des créanciers postérieurs à la donation, n'ayant pas dû compter sur des biens que celui avec qui ils ont contracté, n'avait plus, ils ne peuvent être recevables à contester la clause apposée à la donation de ces biens, ni à en demander l'imputation au douaire.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 34, *art.* 62. } Les enfants douairiers ne sont tenus de payer les dettes du pere, créées depuis le contrat de mariage, ni de rembourser les créanciers qui ont prêté les deniers pour payer les réparations faites par le pere sur les fonds baillés en douaire ; mais ils doivent rendre ce qu'ils ont reçu du pere en mariage, ou autrement, ou moins prendre sur le douaire.

---

* 2 *Prevost de la Jannès, Douaire*, *p.* 129. } Ce que les enfans ont reçu de leur pere de son vivant par donation, s'impute sur la part qu'ils doivent avoir dans le douaire, de même qu'il s'imputeroit sur la part qu'ils ont eue dans la

succession s'ils étoient héritiers ; car le douaire est une espece de légitime.

---

* 12 *Pand. frs.*, *p.* 176. } Ils ne doivent imputer que ce qu'ils ont reçu de leur père, et non de leur mère. En général, cette imputation doit être de tout ce qu'ils seraient obligés de rapporter à la succession. Ils ne sont pas tenus d'imputer ce qui leur a été donné par les aïeux paternels ; ce qui est incontestable dans la législation du Code civil, qui excepte ces donations de la loi du rapport.

1469. Les enfants douairiers ne sont pas tenus de payer les dettes contractées par leur père depuis le mariage ; quant à celles contractées avant, ils n'en peuvent être tenus qu'hypothécairement, avec recours sur les autres biens du mari.

1469. The dowered children are not bound to pay the debts which have been contracted by their father since the marriage ; as to those which were contracted previously, they are only liable hypothecarily for them, with a recourse against the other property of their father.

Voy. *Lamoignon*, cité sur art. 1468 ; art. 250 *Cout. de Paris*, cité sur art. 1467 ; *Argou*, sur art. 1443.

---

* 2 *Laurière, sur art.* 250, *Cout. de Paris.* } *Sans païer aucunes dettes ;*] même sans rendre aux créanciers les impenses utiles que le pere a fait de leur argent dans l'héritage sujet au Douaire. C'est l'avis de Tournet et des Commentateurs qui citent un Arrêt du 7 Septembre 1601, qui l'a, disent-il, ainsi jugé. Mais M. Bouguier qui rapporte cet Arrêt

sur la lettre D, n. 18, remarque que les deniers n'avoient point été donnés au pere par les créanciers pour refaire la maison qui étoit sujette au Douaire coutumier, et qu'il n'y avoit point de quittances d'emploi ; de sorte que n'y ayant point de preuve que la maison eût été réparée de leurs deniers, la Cour, avec raison, ne leur accorda pas la distraction qu'ils demandoient, au lieu qu'ils l'auroient infailliblement obtenue s'ils avoient mieux pris leur sûreté, parce qu'il auroit été certain que leur argent auroit servi à augmenter le Douaire, et que dans cette certitude les Douairiers n'auroient pu avec justice ne leur en pas tenir compte.

1470. Le douaire préfix qui consiste dans une somme de deniers à une fois payer, est à toutes fins réputé mobilier.

1470. When conventional dower consists in a sum of money to be paid once for all, it is to all intents deemed moveable.

---

* *Cout. de Paris, art.* 259. } Doüaire d'une somme de deniers pour une fois païer, venuë aux enfans, est réputé mobilier, et perd sa nature de Doüaire : et y succedent les plus proches heritiers mobiliaires.

---

*2 *Laurière, sur art.* 259 *Cout. de Paris.* } Voyez la note sur l'article 255. *Est réputé mobilier, et perd sa nature de Douaire.*] Ainsi le Douaire perd sa qualité dès le moment que les enfans l'ont accepté ; et la mere, si elle vit, leur succede, à l'exclusion des héritiers paternels, et à l'exclusion même de ceux de ses enfans qui survivent.

Si les enfans prennent une terre de la succession du pere, pour la somme de deniers qui leur est due à cause de leur Douaire, cette terre leur est, ce semble, un propre par la raison de l'article 26. Et s'ils prennent la terre pour une

rente, elle est encore, à plus forte raison, propre, parce que c'est un assignat, et que la rente à laquelle la terre est subrogée, étoit un propre.

1471. Après l'ouverture du douaire et l'extinction de l'usufruit de la femme, les biens composant le douaire se partagent entre les enfants et petits-enfants y ayant droit, de même que si ces biens leur étaient échus par succession.

Les parts de ceux qui renoncent restent dans la succession et n'augmentent pas celles des autres enfants qui s'en tiennent au douaire.

1471. After the opening of the dower and the termination of the usufruct of the wife, the property composing such dower is divided amongst the children and grandchildren entitled to it, in the same manner as if it had fallen to them by succession.

The shares of those who renounce remain in the succession, and do not increase the shares of the other children who take dower.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1466; *Lamoignon*, cité sur art. 1467; *Cout. de Paris*, art. 250, sur art. 1467.

---

* 2 *Argou*, *Liv.* 3, *ch.* 10, *p.* 143 *à* 145. } Le douaire se partage également entre les enfans sans aucune prérogative d'aînesse, quoique ce soit un douaire qui consiste en héritages féodaux, parce que la coutume le donne aux enfans, comme une dette que le pere a contractée envers eux en se mariant, et non pas un droit successif, puisqu'il faut que les enfans renoncent à la succession de leur pere pour avoir le douaire. Il y a néanmoins des coutumes qui ont une disposition contraire.

[ARTICLE 1471.]

Lorsqu'il y a des enfans qui acceptent la succession du pere, ou qui se tiennent aux donations ou aux legs qu'il leur a faits, la portion qu'ils auroient eue dans le douaire n'accroît point aux autres enfans douairiers, mais elle demeure confuse dans la succession : c'est pourquoi on dit communément que le droit d'accroissement n'a point lieu en matiere de douaire : cela est fondé sur une grande raison ; car les enfans qui n'ont point de part au douaire, ont toujours, en qualité d'héritiers, donataires ou légataires du pere, plus que leur part du douaire ne peut monter ; de sorte que si leur portion accroissoit aux autres enfans, il se trouveroit qu'en effet la succession du pere paieroit, sous des noms différens, deux douaires au lieu d'un aux enfans d'un même lit, puisque la portion héréditaire, le don et le legs tiennent lieu de douaire aux enfans qui acceptent la succession, et à ceux qui se tiennent à la donation et au legs.

---

* 2 *Prevost de la Jannès, Douaire, p.* 128. } Si entre les enfans d'une même mere, les uns acceptent la succession de leur pere, et les autres y renoncent ; ceux qui acceptent la succession confondent sur eux la part qu'ils auroient pû avoir dans le douaire ; en renonçant ils sont censés prendre leur douaire à titre de succession, leur part n'accroît donc point à ceux qui renoncent.

---

* 12 *Pand. frs., p.* 176. } Le douaire se partage entre les enfans qui y ont droit, suivant les mêmes principes et les mêmes règles que les successions.

TITRE CINQUIÈME. | TITLE FIFTH.

DE LA VENTE. | OF SALE.

Rapport de MM. les Commissaires. } Comme les titres " De la Vente", " De l'Echange " et " Du Louage ", sous le rapport de leur origine et de leurs principes fondamentaux, sont étroitement liés avec le titre " Des Obligations ", ils sont susceptibles d'une grande partie des observations contenues dans le rapport de ce dernier titre ; en conséquence, il semble inutile, en présentant les trois présents titres, de les accompagner d'observations autres que celles que requièrent les cas où, dans les articles soumis ou dans leur arrangement même, on s'est écarté, soit de la loi ancienne, soit du Code Napoléon, ou de tous les deux à la fois.

Dans le titre " De la Vente ", à quelques légères exceptions près, on a suivi l'ordre des matières tel qu'on le trouve dans le Code Napoléon. On a cependant ajouté trois chapitres aux huit contenus dans le Code. Ces trois chapitres sont : le huitième, " De la Vente aux Enchères " ; le neuvième, " De la Vente des Vaisseaux enregistrés " ; et le onzième, " Des Ventes forcées et des Cessions ressemblant à la Vente ". L'incorporation dans notre Code des règles dont se composent ces trois chapitres est faite en certains cas, en conséquence des suggestions des commentateurs du Code Napoléon et dans d'autres cas, à raison de leur utilité évidente dans la transaction des affaires auxquelles elles se rapportent.

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Un article projeté contenait une définition du contrat de vente tel qu'il existait sous le droit ancien ; mais par suite du changement déjà suggéré au titre : " Des Obligations " (articles 1026, 1027), on donne au contrat de vente l'effet de transférer la propriété de la chose à l'acheteur, sans qu'il soit besoin d'aucune délivrance pour la compléter. En con-

séquence, l'article 1472 a été adopté comme amendement à la loi ancienne afin de faire concorder la règle avec celles déjà adoptées dans le titre " Des Obligations ", et ce pour les motifs détaillés dans le rapport sur ce dernier titre.

L'article amendé est, en substance, emprunté des articles 1582 et 1583 du Code Napoléon, dont la rédaction inexacte n'est pas néanmoins suivie ; et sur la suggestion des commentateurs une définition plus stricte a été adoptée. La clause de l'article 1582 C. N. qui a rapport à l'acte de vente est aussi omise dans notre article, comme étant comprise dans la disposition générale contenue au titre " Des Obligations ", relativement à la preuve.

L'article 1473 a été adopté au lieu du 1584e C. N., qui contient un détail de règles qui ne sont pas particulières au contrat de vente, mais qui s'appliquent également à d'autres contrats. Il est omis comme étant une répétition inutile, et l'article qui le remplace renvoie au titre." Des Obligations".

L'article 1474 reproduit l'article 1585 C. N., sauf l'omission des mots " en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur." Cette modification de la règle ainsi énoncée a causé beaucoup de doutes et un conflit d'opinions parmi les commentateurs. D'un côté on soutenait que la déclaration que la vente de choses qui devaient être pesées, mesurées ou comptées n'est parfaite que par cette opération, était restreinte, par les expressions qu'on vient de mentionner, seulement à l'effet de continuer le risque de la chose à la charge du vendeur, mais que, cependant, la propriété passait à l'acheteur. De l'autre côté, on tenait que ces expressions ne restreignaient pas l'énonciation de la règle, mais ne faisaient que l'expliquer, et conséquemment que la vente ne transférait pas la propriété et n'était pas parfaite, à moins que la chose n'eût été pesée, mesurée ou comptée. Telle est l'opinion de Troplong, Marcadé et autres, et telle paraît avoir été l'intention des rédacteurs de l'article, au rapport de Fenet. Les Commissaires ont adopté ce point de vue qui est en harmonie avec l'énonciation de la règle par Pothier, et pour

éviter toute ambiguïté ils ont, en conséquence, omis les expressions citées plus haut.

Un article préparé conformément à l'article 1587 du C. N. a été omis, comme contenant une règle sujette à bien des doutes et à bien des exceptions. Il a paru plus prudent et plus convenable de regarder l'épreuve par le goûter, dont il est question dans cet article, comme comprise dans l'expression générale de notre article 1475, qui correspond presque à l'article 1588 C. N.

La seule différence qu'il y ait entre l'article 1475 et l'article 1588 C. N. consiste en ce que ce dernier déclare que la vente sauf épreuve est toujours présumée faite sous une condition suspensive, pendant que le premier, avec plus d'exactitude, déclare qu'elle est ainsi présumée lorsqu'il n'appert pas d'une intention contraire des parties.

L'article 1476 énonce la règle de notre droit relativement à la promesse de vente. L'article 1589 C. N. donne une règle différente en déclarant que la promesse équivaut à vente. Il ne paraît pas qu'il y ait aucune bonne raison pour recommander un pareil écart de l'article soumis.

L'article 1481 est basé sur l'article 128 de la Coutume de Paris, qui déclare que les cabaretiers vendant des liqueurs pour être bues sur le lieu n'ont pas d'action pour en recouvrer le prix. Les Commissaires ont adopté cet article, parce que, nonobstant que le déni de l'action puisse être considéré comme une peine ou confiscation fondée sur des raisons de police et d'ordre public, et était ainsi envisagé en France, il ne laisse pas d'être une règle salutaire et qui a toujours été mise en force par nos tribunaux.

CHAPITRE II.

DE LA CAPACITÉ D'ACHETER ET DE VENDRE.

L'article 1483 énonce la règle de notre droit. L'article 1595 du Code Napoléon contient quelques exceptions relatives aux cessions de biens entre mari et femme, en paiement de droits matrimoniaux, mais elles vont au delà de ce que la loi ancienne autorise, et quoi qu'il puisse se rencontrer des cas où

les transports de propriété ressemblant à vente soient admissibles, cependant ils ne sont pas d'une nature à être envisagés comme infractions à la règle générale exprimée dans cet article.

Les articles 1484 et 1485 se trouvent au Code Napoléon, articles 1596 et 1597, dont ils sont empruntés avec quelques changements d'expression, comme étant conformes à notre loi.

CHAPITRE III.

DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE VENDUES.

L'article 1486 est général. Il diffère du 1598e du C. N. seulement quant à la rédaction.

Un article projeté exprimait comme loi ancienne qu'une chose qui n'appartient pas au vendeur peut être vendue validement sans le consentement du propriétaire.

On y a substitué l'article 1487, en amendement tiré du Code Napoléon, article 1599.

Ce changement est nécessité par l'article 1025 du titre " Des Obligations ", et l'article 1422 du titre présent.

Les articles 1488, 1489 et 1490 sont des exceptions à la loi générale fondées sur des autorités tant de l'ancien que du nouveau droit.

CHAPITRE IV.

DES OBLIGATIONS DU VENDEUR.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

L'article 1491 qui correspond à l'article 1603, Code Napoléon, ne demande aucun commentaire, non plus que l'article 1492 emprunté du C. N., art. 1604.

SECTION II.

DE LA DÉLIVRANCE.

Un article projeté exposait la loi ancienne, qui requiert quelque changement afin de faire concorder la règle avec les dispositions déjà adoptées quant à la nature et à l'effet de

la vente. Suivant l'ancien droit, la tradition ou délivrance était une partie nécessaire du transport, et sans laquelle il était imparfait ou sans effet ; les inconvénients résultant de cette règle et les raisons qui l'ont fait changer ont été traités dans le rapport sur le titre " Des Obligations ", article 1025. Avec ce changement, la délivrance a perdu de son importance ; sans elle la vente est complète, la propriété passe en vertu du contrat seul, et l'acheteur a son droit d'action pour revendiquer la chose d'une manière aussi absolue que le vendeur l'avait lui-même. Mais il peut arriver qu'un tiers, ou le vendeur lui-même, retienne la possession après la vente, et c'est pour protéger l'acheteur contre cette éventualité que l'obligation imposée au vendeur de faire délivrance est déclarée dans l'article suggéré comme amendement à la loi en force. Cet article est d'accord avec la règle du C. N. article 1605, mais elle en diffère dans l'expression et par l'absence des détails qui, dans ce dernier article, sont incomplets et en laissent la disposition imparfaite.

L'article 1493 a été rédigé d'après les critiques et les judicieuses suggestions des auteurs cités, et il est conforme aux autres codes qui ont suivi le Code Napoléon dans ces innovations relativement au contrat de vente.

Les articles marqués depuis 1484 à 1500 sont pris en substance du Code Napoléon et reproduisent également l'ancien droit.

Trois articles projetés déclaraient les règles et les recours pour les cas où la contenance superficielle d'un immeuble se trouve au-dessous et au-dessus de la quantité spécifiée dans le contrat.

Trois articles, 1501, 1502 et 1503, sont substitués en amendement. Ils contiennent plutôt une extension qu'un changement dans notre droit et en principe, ils correspondent au Code Napoléon.

Suivant l'ancien droit, ainsi que les auteurs le déclarent, il y a deux espèces de cas qui demandent l'application de règles différentes. La première est celle où il y a différence entre la contenance déclarée et la contenance réelle, et où la vente

est faite à tant la mesure ; en ce cas, s'il y a déficit, le vendeur doit faire une diminution correspondante sur le prix ; et s'il y a un excédant, l'acheteur est tenu de payer pour cet excédant ou de le remettre. La seconde classe est celle où l'immeuble est vendu comme contenant une certaine superficie, moyennant un seul prix ; le vendeur est alors tenu de réduire le prix suivant le déficit, mais il n'a aucune réclamation à exercer contre l'acheteur en supplément de prix, s'il y a un excédant. Les articles suggérés en amendement ne conservent pas cette distinction, et n'adoptent qu'une seule règle, établissant la même obligation pour les parties l'une envers l'autre, dans les deux cas, et donnant toujours au vendeur, au cas d'excédant, un droit correspondant à celui qu'a l'acheteur au cas de déficit. L'acheteur, par l'article 1502 a aussi le droit de répudier le contrat, si le déficit est assez considérable pour justifier la présomption qu'il n'aurait pas acheté, s'il l'eût connu. L'article 1503 exprime l'ancienne loi comme la nouvelle, en ce qui concerne l'héritage vendu pour un seul prix et comme chose certaine et déterminée ; dans les ventes de cette nature, la contenance n'est pas un élément du contrat, et les règles qui précèdent n'ont pas d'application.

SECTION III.

DE LA GARANTIE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Les articles 1506 et 1507, contenant des dispositions générales relatives à cette section, sont conformes à l'ancien droit. Ils ne diffèrent des articles 1625 et 1627 que dans la manière de les exprimer.

Outre les dispositions générales, cette section est divisée en deux paragraphes dont le premier, sur la garantie contre les évictions, contient les articles numérotés de 1508 à 1521.

L'article 1508 correspond en substance à celui du Code Napoléon marqué 1626 : il y a cependant l'addition des mots " et non apparents " qui le rend plus complet pour exprimer notre loi en force.

Les articles 1509, 1510 et 1511 correspondent en substance

aux articles 1628, 1629 et 1630 C. N., qui sont conformes à la loi ancienne.

L'article 1512 contient une exception à la règle générale énoncée dans l'art. 1511 quant à l'étendue de la responsabilité dans le cas y mentionné. Elle ne se trouve pas dans le Code Napoléon.

L'article 1513 a été rédigé d'après les arts. 1631 et 1632, C. N., avec un changement seulement quant à la forme d'expression. La dernière partie de l'article énonce une règle qui a provoqué une différence d'opinion parmi les juristes. L'autorité de Pothier est au soutien de la règle à l'encontre de celle de Domat. On trouvera la discussion de la matière dans Pothier et dans Troplong aux endroits cités. Les Commissaires ont cru devoir adopter l'article tel que présenté, afin d'écarter tout doute et assimiler notre règle sans équivoque à celle du Code Napoléon.

Les articles 1514, 1515, 1516 et 1517 sont adoptés comme exprimant également les règles de l'ancien et du nouveau droit français. On doit néanmoins observer, quant à l'article 1515, que l'opinion de Domat diffère de celle de Pothier et des commentateurs modernes sur la disposition en question.

L'article 1518 déclare la loi en force, au lieu de suivre l'article 1637, qui s'en est écarté en introduisant une innovation que Troplong et d'autres commentateurs regardent comme peu judicieuse. Il n'y a pas de doute que notre loi est telle qu'exprimée dans l'article, et les Commissaires ont été d'opinion qu'elle ne doit pas être changée.

L'article 1519 correspond au 1638e du Code Napoléon. Une addition, inutile dans ce code, a été faite dans notre article afin d'introduire une règle, qui n'était pas admise jusqu'à présent dans notre droit, permettant de porter l'action en garantie aussitôt qu'une cause de trouble se découvre. C'est un changement salutaire qui coïncide en principe avec le droit donné par le statut aux acquéreurs d'héritages de retenir le paiement du prix en semblable circonstance. (S.R.B.C., ch. 36, s. 31.)

L'article 1520 est conforme à l'ancien droit comme au nou-

veau. Il n'y a qu'une différence de mots entre cet article et le 1640e C. N.

L'article 1521 n'est pas dans le Code Napoléon. On le trouve dans Pothier, et c'est une règle commode et propre à prévenir des contestations inutiles.

Sur l'article 1522, il suffit de dire qu'il correspond au 1641e C. N., mais on y a ajouté " et ces accessoires," pour le rendre conforme à la règle telle qu'exprimée par Pothier.

L'article 1525 n'est pas dans le Code Napoléon, mais il renferme une règle utile qu'on trouve dans nos livres d'autorité, et il a été adopté dans le Code de la Louisiane.

L'article 1526, est en substance le même que le 1644e C. N. Il en diffère : 1o en ne spécifiant pas quelques articles particuliers auxquels il s'applique, vu que ce renvoi, s'il est nécessaire dans le Code français (ce qui n'est pas évident) ne l'est plus avec le changement apporté dans l'arrangement de l'article soumis dans ce rapport ; 2o en ne spécifiant pas le mode d'estimation de la valeur de la chose vendue, mode qui doit être laissé sous le contrôle des règles générales.

L'article 1527 contient une addition à l'expression de la règle sur la responsabilité telle qu'énoncée dans l'article 1645 C. N., quoiqu'elle ne le soit peut-être pas à son interprétation. L'article déclare que la responsabilité qui y est mentionnée a lieu dans les cas où le vendeur est légalement présumé connaître le vice ; ainsi par exemple : les ouvriers sont présumés connaître les défectuosités des matériaux qu'ils emploient dans leur métier.

La première clause de l'article 1529 exprime la règle de l'ancien et du nouveau droit ; la seconde, celle de l'ancien droit seulement, qui ne coïncide pas avec le Code Napoléon. Les Commissaires ont été d'opinion que la loi en force telle qu'énoncée dans notre article, rendant le vendeur responsable de la chose affectée d'un vice redhibitoire, au cas où elle est perdue par la faute de l'acheteur ou par cas fortuit, mais en déduisant de la demande la valeur de la chose au temps de la perte, ne doit pas être changée.

L'article 1530 reproduit l'article 1648 C. N. On pourrait

peut-être désirer l'établissement d'une règle plus spécifique que celle qu'il contient et c'est ce qui a lieu en France par une loi adoptée le 20 mai 1838 ; mais l'usage, sous l'ancien droit, variait beaucoup, et comme matière de commodité dans la pratique, il vaut peut-être mieux que le délai soit laissé aux usages locaux et à la discrétion des tribunaux.

38 Duv., *Col. des lois*, *pp.* 329 et *suiv.* ; 2 Rogron, *p.* 2133.— Pothier, *vente*, 586-8, *p.* 14. C. L., 2512 ; C. Vaud., 1179.

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR.

L'article 1534 ne diffère de la loi en force qu'en autant qu'il oblige l'acheteur à payer l'intérêt du jour qu'il est mis en demeure, de la manière prescrite au titre " Des Obligations," au lieu de la demande judiciaire qui se trouve remplacée par la demeure. Il diffère aussi du Code Napoléon en suspendant l'obligation de payer l'intérêt jusqu'à l'expiration du terme quand il y en a un de fixé, conformément à la loi en force, pendant que le Code le fait courir du moment de la prise de possession, nonobstant le délai de paiement.

Quatre articles projetés avaient rapport au droit du vendeur d'obtenir la résolution de la vente faute de paiement du prix. Ils énonçaient les règles de l'ancien droit dont celles du Code diffèrent peu. Les Commissaires ont donné beaucoup d'attention à l'examen de ce droit, et en sont venus à la conclusion qu'il devrait être restreint au seul cas où il est expressément stipulé. Telle était la règle du droit romain, *de lege commissariâ*, *ff. lib.* 18, *tit.* 3, et l'abandon de cette règle en France est dû à l'introduction d'une jurisprudence qui inférait que le droit de résolution était une condition tacite dans tout contrat de vente. Sans entrer ici dans une discussion étendue sur l'inopportunité de ce changement, que l'on peut trouver au long dans les commentateurs du Code Napoléon, il est certain que l'existence de cette condition tacite est inconciliable avec la protection efficace des droits des tiers par le moyen de l'enregistrement. Sous ce rapport, Troplong en

parle comme " d'un embarras contre lequel le Code Civil a vainement lutté." 2 Troplong, *vente*, *n*° 622, *p*. 98.

D'un autre côté, en réduisant ce droit à la forme conventionnelle et limitant son exercice à un terme certain, il peut, sans difficulté, être assujetti comme les autres droits contractuels à la nécessité de l'enregistrement.

Il devient ainsi, à un certain degré, assimilé au droit stipulé de réméré, et sa nature et son étendue précise peuvent être rendues publiques au lieu d'être, comme sous la loi ancienne, un droit non apparent qu'on peut exercer en tout temps, au gré du vendeur, et au défaut de l'acheteur jusqu'à ce qu'il soit éteint par la prescription de trente ans à compter du dernier terme de paiement, contre un détenteur qui a payé son prix d'achat. L'inconvénient d'une semblable règle est manifeste surtout lorsque la propriété change aussi souvent de mains que dans ce pays. Les Commissaires ont en conséquence préparé une série d'articles : 1536, 1537, 1538 et 1539, basés sur la proposition que le droit de résolution pour cause de non paiement du prix n'a lieu que lorsqu'il est expressément stipulé. Les trois premiers seulement s'écartent de l'ancien droit: le premier contient la proposition générale ; le second étend à ce droit les règles établies par certains articles dont on parlera plus loin, relatifs aux ventes avec faculté de réméré, et établit aussi la règle que, quelque soit le terme stipulé pour l'exercice du droit de résolution, ce droit est éteint à l'expiration de dix ans à compter de la date de la vente ; le troisième ôte aux tribunaux le pouvoir d'accorder un délai pour le paiement du prix, et est d'accord avec le principe de maintenir l'intégrité des contrats que les Commissaires ont suivi dans le cours de leur travail.

Les articles 1539, 1540 et 1541 n'apportent aucun changement à la loi ancienne. Quant à la règle énoncée dans l'article 1542, il y a moins de certitude, mais elle a été adoptée comme fixant une question douteuse, et cela de la manière la plus conforme à la raison et à l'équité.

L'article 1543 exprime la règle générale fondée sur la maxime de la Coutume de Paris, que les " meubles n'ont pas

de suite." Les autorités à la suite de l'article, et celles qui sont notées plus bas, s'accordent toutes sur ce point : que le droit de résolution de la vente d'un meuble ne le suit pas dans la main d'un tiers possesseur de bonne foi. Le droit de revendication et le privilége assurés par les articles 176 et 177 de la Coutume de Paris tombent dans une autre catégorie dont il est question au titre " Des Priviléges et Hypothèques." 6. Marcadé pp. 289, 290. Duranton. No. sur l'art. 1854.

Un article projeté exprimait la loi telle qu'exprimée par Pothier.

L'article 1545, en amendement adopte les nouvelles règles contenues dans le 1657e C. N., mais en étendant et en modifiant la rédaction de cet article, de manière à y attacher le sens que lui ont donné les commentateurs. Il est d'accord avec la règle relative à la délivrance contenue dans le titre " Des Obligations " et n'est pas étranger au droit commun de la France, dont plusieurs Coutumes avaient des dispositions analogues.

On aurait peut-être pu donner cet article comme loi en force, mais, dans l'incertitude, les Commissaires l'ont soumis comme amendement. Il ne peut y avoir de doute que les règles qu'il contient ne soient plus en harmonie avec les besoins et les usages qui existent parmi nous, que celles qui existaient naguères et rendaient nécessaires le délai et les frais d'un recours à l'autorité judiciaire. Auxerre, art. 141. Sens, 256. Byr, 257. Laon, 278. Châlons, 218, citées par Troplong. Vente, nº 698.

CHAPITRE VI.

DE LA RÉSOLUTION ET DE L'ANNULATION DU CONTRAT DE VENTE.

Un article projeté spécifiait deux causes de résolution du contrat de vente ; la première est le droit de réméré par le vendeur, et la seconde est la lésion. L'article 1545, adopté en amendement, laisse de côté la mention de la lésion, les dispositions à cet égard étant contenues dans le titre " Des Obligations ", chap. 1, sec. 2, auquel l'article 1561 renvoie. Le rapport sur ce titre contient un exposé des opinions des Com-

missaires sur ce sujet et il n'est pas besoin de s'y arrêter ici davantage.

SECTION I.

DE LA FACULTÉ DE RÉMÉRÉ.

Des articles qui composent cette section, il n'en est que quelques-uns qui exigent des explications spéciales.

Le premier de ces articles, le 1546e, est composé de l'article 1659 et de partie du 1673e du Code Napoléon, et exprime notre droit, de même qu'un article projeté qui était emprunté à la dernière partie de l'art. 1673 C. N.

Un autre article énonçait le temps et la manière d'exercer cette faculté de réméré suivant la loi ancienne. Les Commissaires ont cru que le changement fait par le Code Napoléon dans les règles sur ce sujet, les simplifie considérablement et les rend plus convenables dans leur application et leur effet. Ils ont en conséquence adopté quatre articles du Code qu'ils ont soumis comme amendement à la loi ancienne. Ce sont les articles 1548, 1549, 1550, 1551. Ils limitent l'exercice du droit à dix ans, et astreignent strictement les parties à leurs conventions sans permettre aux tribunaux de les étendre, et sans exiger l'intervention d'un jugement pour déclarer le droit éteint.

Ces articles s'appliquent également au cas de résolution de la vente faute de paiement du prix, et s'harmonisent avec le système de s'en tenir aux contrats, et d'empêcher les tribunaux de les modifier et de les étendre.

Les autres articles de ce chapitre, 1552 à 1560 n'exigent pas de remarques, si ce n'est le 1555e sur lequel il est à propos d'observer qu'il a rapport à l'effet de la vente par licitation sur ce droit de réméré, et que les mots : " et que ce droit ne soit pas purgé ", ont été insérés comme devenus nécessaires à raison des dispositions du statut qui est cité à la suite. Quelques changements de mots ont été faits dans les autres articles pour rendre l'exposition des règles plus complète, et éviter les ambiguïtés signalées par les commentateurs.

CHAPITRE VII.

DE LA VENTE PAR LICITATION.

Ce chapitre ne contient que deux articles, le premier, art. 1562 énonce les causes pour lesquelles la vente par licitation peut avoir lieu, et l'autre, art. 1563, renvoie au Code de Procédure Civile quant aux règles et formalités à suivre dans ces cas.

CHAPITRE VIII.

DE LA VENTE AUX ENCHÈRES.

Il n'y a pas dans le Code Napoléon de chapitre qui corresponde à celui-ci. En France, à présent même, les ventes par encan sont soumises au contrôle officiel et à des règlements, en partie fiscaux, et tenant en partie à la police, et qui ne sont pas du tout applicables à ce pays. Cinq articles sont soumis dans ce chapitre. Le premier, le 1564e est purement d'introduction, et le second, 1565, est la reproduction du Statut. Il est suivi de l'art. 1566, que les Commissaires ont cru nécessaire pour restreindre l'opération du précédent à l'objet et à l'effet que la législature avait évidemment en vue. Les deux autres, 1567 et 1568, sont fondés sur l'usage universel parmi nous, dérivé en substance des principes de l'ancien droit et confirmé par les décisions de nos tribunaux.

CHAPITRE IX.

DE LA VENTE DES VAISSEAUX ENREGISTRÉS.

Les Commissaires avaient préparé quatre articles dans ce chapitre. Ils ne faisaient qu'énoncer les règles générales qui doivent être observées dans la vente des choses de la nature qui y est désignée. On ne l'avait fait qu'en termes généraux, attendu que ces règles sont promulguées de temps à autre par des Statuts particuliers, et le but de ces articles est plutôt d'indiquer les sources de la loi que d'en donner le détail. Les raisons d'abstention à ce sujet sont évidentes. La législation quant aux vaisseaux est d'un caractère arbitraire, et est fondée sur des considérations politiques nationales. Elle

se trouve en grande partie dans un Statut Impérial, et lors même que les dispositions de ce statut pourraient être condensées par les Commissaires dans une série d'articles, cette loi peut être changée chaque année par une autorité supérieure à celle de notre législature. On n'a donc pas tenté ce travail qui ne pouvait être d'aucune utilité pratique et permanente. Dans les corrections, ils ont retranché ces quatre articles et se sont bornés à référer au titre " Des Bâtiments Marchands."

CHAPITRE X.

DE LA VENTE DES CRÉANCES ET AUTRES CHOSES INCORPORELLES.

SECTION I.

DE LA VENTE DES CRÉANCES.

Un article projeté, le premier de cette section, exprimait la loi ancienne. L'article 1570, en amendement, correspondant en substance à l'article 1689, C. N., est soumis comme nécessaire pour faire accorder la règle de la délivrance avec le principe que l'exécution du contrat rend la vente parfaite. Des autres articles de cette section depuis 1571 à 1578, il n'y a que les 1573 et 1575 qui exigent quelques remarques. Sur l'article 1573 il suffit de dire qu'il n'a été inséré que dans la vue d'éviter tout prétexte d'appliquer la règle à la catégorie des cessions et valeurs qui y est désignée.

L'article 1575 déclare une règle sur laquelle le Code Napoléon garde le silence, et qui n'a pas pour la soutenir l'autorité des commentateurs de ce code.

Ceux qui ont écrit sur l'ancien droit ne présentent rien sur le sujet de l'intérêt qui, dans l'ancien système, était regardé avec défaveur ; mais la règle relative aux arrérages des fruits naturels et des profits offre une analogie qui justifie cet article. Les Commissaires le soumettent donc comme fixant la loi sur une question qui se présente souvent dans la pratique et sur laquelle on ne trouve pas de décisions faisant loi, quoiqu'on ait cité un jugement où le principe de l'article est maintenu.

On peut ajouter que les articles de cette section coïncident avec le Code Napoléon, de même qu'avec l'ancien droit, excepté dans les cas spécialement mentionnés.

SECTION II.

DE LA VENTE DES DROITS SUCCESSIFS.

L'article 1579 est un amendement copié du Code Napoléon, art. 1696, comme nécessaire, vu la doctrine adoptée que le vendeur doit être propriétaire de la chose. L'ancien droit ne tenait le vendeur garant que de l'existence de la succession. Les deux autres articles, 1580 et 1581, correspondent aux articles 1697 et 1698 C. N.

SECTION III.

DE LA VENTE DES DROITS LITIGIEUX.

L'article 1582 exprime le droit ancien et moderne ; l'article 1583, l'ancienne loi, qui va plus loin que l'article 1700, C. N., en déclarant qu'un droit est litigieux non seulement quand l'instance en est pendante ; mais encore lorsqu'il est probable qu'elle sera nécessaire. L'article 1584 coïncide avec les deux systèmes, mais l'expression de l'article 1701, C. N., a été étendue par l'addition du quatrième paragraphe.

CHAPITRE XI.

DES VENTES FORCÉES ET AUTRES CESSIONS RESSEMBLANT A LA VENTE.

On ne trouve pas de chapitres semblables dans le Code Napoléon au titre " De la Vente ", mais les articles 2204 et 2213 de ce Code contiennent des dispositions analogues à celles de notre article 1585. Tous les articles de ce chapitre sont fondés soit sur notre droit statutaire ou sur l'autorité évidente des jurisconsultes. Il est à observer, cependant, qu'il existe une variété d'opinion sur la règle émise dans l'article 1586, dont on trouve les discussions dans les renvois mentionnés à la suite de l'article. Les Commissaires sont d'opinion que le poids des autorités et des raisonnements justifie le point de vue qu'ils ont adopté dans cet article. Aucune

autre observation ne paraît requise sur le reste des articles numérotés de 1587 à 1592.

Les articles 1593, 1594 et 1595, ont trait à l'aliénation d'immeubles par bail à rente. C'était là, jusqu'à tout récemment, un mode important de tenure, d'un usage très étendu dans ce pays de même qu'autrefois en France, et régi par des règles qui lui étaient propres ; mais les changements introduits par notre loi statutaire ont implicitement abrogé la plus grande partie des règles qui donnaient au bail à rente un caractère distinctif, et il est maintenant presque sous tous les rapports assimilé à la vente. Les règles concernant la nature et l'extinction des rentes se trouvent dans le second livre de ce code et doivent être prises avec les articles 1593, 1594 et 1595 pour compléter la matière.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1472. [La vente est un contrat par lequel une personne donne une chose à une autre, moyennant un prix en argent que la dernière s'oblige de payer.

Elle est parfaite par le seul consentement des parties, quoique la chose ne soit pas encore livrée ; sujette néanmoins aux dispositions contenues en l'article 1027, et aux règles spéciales concernant la cession des vaisseaux enregistrés.]

CHAPTER FIRST.

GENERAL PROVISIONS.

1472. [Sale is a contract by which one party gives a thing to the other for a price in money which the latter obliges himself to pay for it.

It is perfected by the consent alone of the par. ties, although the thing sold be not then delivered; subject nevertheless to the provisions contained in article 1027 and to the special rules concerning the transfer of registered vessels.]

---

* *C. N.* 1582-3. } 1582. La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.

Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé.

1583. Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

Voy. *C. C. B. C.*, arts. 1022, 1026, 1027.

---

* 1 *Domat* (*Remy*), *Vente*, *liv.* 1, *tit.* 2, *p.* 155. } La nécessité d'avoir en propre la plupart des choses dont on a besoin, surtout celles dont on ne peut user sans les consumer ou les diminuer, et par conséquent sans en être le maître, a été l'origine des manières de les acquérir, et d'en faire passer la propriété d'une personne à l'autre.

Le premier commerce pour cet usage a été celui de donner une chose pour l'autre ; et c'est ce commerce qu'on appelle échange : ou pour avoir une chose dont on a besoin, on en donne une autre qui est inutile ou moins nécessaire. Mais comme l'échange n'assortit que rarement et avec peine, ou parce qu'on n'a pas de part et d'autre de quoi s'accommoder, ou parce qu'il est embarrassant de faire les estimations, et de rendre les choses égales, on a trouvé l'invention de la monnaie publique qui, par sa valeur réglée et connue, fait le prix de tout ; et ainsi au lieu des deux estimations qu'il était si difficile de rendre égales, on n'a plus besoin d'estimer que d'une part une seule chose, et on a de l'autre son prix au juste par la monnaie publique ; et c'est ce commerce de toutes choses pour de l'argent qu'on appelle vente, mêlée de l'usage naturel de donner une chose pour l'autre, et de l'in-

vention de la monnaie publique, qui fait la valeur de toutes les choses qu'on peut estimer.

1. Le contrat de vente est une convention par laquelle l'un donne une chose pour un prix d'argent en monnaie publique, et l'autre donne le prix pour avoir la chose. (C. civ. 1582)

2. La vente s'accomplit par le seul consentement, quoique la chose vendue ne soit pas encore délivrée, ni le prix payé. (C. civ. 1583.)

---

* 1 *Troplong*, *Vente*, nos 4, 37, 38, 39. } 4. D'après notre article, le vendeur s'oblige *à livrer la chose*. Ceci répond à cette idée d'Ulpien exprimée dans la loi 11, § 2, Dig. *De act. empt.*: "*In primis rem præstare venditorem oportet, id est* TRADERE."

Cependant les jurisconsultes romains allaient plus loin: ils disaient que le vendeur n'était pas tenu de rendre l'acheteur propriétaire de la chose. Africain s'exprimait ainsi: "Hactenùs tenetur (venditor) ut rem emptori habere liceat, *non etiam ut ejus faciat.*" Suivant cette théorie, le vendeur n'était obligé qu'à faire tradition de l'objet vendu, et à défendre l'acheteur des troubles qui l'inquiéteraient; mais il ne contractait pas l'obligation précise de transférer la propriété à l'acquéreur. Ainsi, si par exemple, Titius eût vendu un immeuble dont il se croyait propriétaire, mais qui dans le fait ne lui appartenait pas, son acheteur n'aurait pas eu le droit de se plaindre tant qu'il n'aurait pas été inquiété par le véritable propriétaire; car la vente n'obligeait pas Titius à l'investir de la propriété, mais seulement à lui transférer tous les droits, et à le garantir en cas d'éviction. Lorsque, par une clause expresse, le vendeur s'obligeait à rendre l'acquéreur propriétaire, c'était une stipulation exorbitante du contrat de vente; le contrat cessait même d'être qualifié vente, il rentrait dans la classe des contrats innommés. C'était une obligation *ob rem dati re non secutâ.*

Toute cette théorie du droit romain me paraît dominée par l'influence du vieux droit civil de la république, qui

était esclave des mots et qui mesurait la portée d'un contrat sur la dénomination qu'il avait dans la langue scientifique, et sur les expressions sacramentelles dont on se servait pour le former entre les parties. Comme rien dans les formules ordinaires et dans la qualification du contrat de vente n'impliquait précisément l'obligation de transférer la propriété, comme ce contrat avait un sens réel et un but positif, à part toute nécessité de rendre l'acheteur propriétaire incommutable, on avait pensé qu'il fallait se tenir en dehors de cette nécessité, afin de ne pas faire dire aux mots ce qu'ils n'exprimaient pas directement. Presque toujours, dans le droit romain, on trouve les vestiges de ces idées rétrécies, qui présidèrent à la constitution aristocratique du droit civil dans les premiers siècles de Rome, et dont les prudents et les prêteurs eurent tant de peine à l'affranchir. Du reste, dans les contrats qui étaient moins *romains* (si je suis parler ainsi), c'est-à-dire moins soumis aux exigences de ce droit civil si arbitraire et si jaloux de ses anomalies, on trouvait des principes plus larges et plus conformes au droit naturel. C'est ainsi que dans l'échange, il était admis que chaque partie devait se rendre respectivement propriétaire de ce qu'elle donnait et de ce qu'elle recevait. Pourquoi cette différence entre la vente et l'échange? Logiquement, il est impossible de le dire. Historiquement, c'est parce que la vente était un contrat nommé (*contractus nominatus*), empreint des traces du droit arbitraire qui l'avait constitué à son origine, tandis que l'échange était un contrat innommé (*contractus innominatus*), sur lequel les règles du droit naturel et de la raison dominèrent sans partage.

Quoi qu'il en soit, la doctrine que je viens d'exposer sur les effets de la vente passa tout entière dans l'ancien droit français sous les auspices de Dumoulin et de Pothier.

Reste à savoir si elle est compatible avec le Code Napoléon.

Notre article paraît au premier coup d'œil la confirmer; toute l'obligation qu'il fait découler de la vente, c'est de

livrer la chose, ce qui répond à ces expressions d'Africain, *ut rem emptori habere liceat*; d'où semble résulter la conséquence que l'acquéreur n'a pas droit d'exiger d'être investi de la propriété (*non etiam ut ejus faciat*); qu'il doit être satisfait lorsqu'il n'est pas troublé dans sa jouissance.

Mais, si on veut rapprocher ce texte de plusieurs autres dont il ne doit pas être séparé, on se convaincra que le Code Napoléon a été conçu sous l'influence d'autres idées, et qu'il attache à la vente l'obligation de transférer à l'acheteur la propriété même, et non pas seulement un usage paisible de la chose.

L'art. 1583 me paraît conduire à ce résultat: "La vente est parfaite entre les parties, dit il, et *la propriété est acquise* de droit à l'*acheteur* à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix"; donc la convention contient l'obligation implicite de faire passer à l'acheteur la propriété de la chose qui lui est livrée, et l'on ne peut plus dire avec Africain *non etiam ut ejus faciat.* L'art. 1662 confirme encore cette conclusion.

Elle est corroborée par l'art. 1604, qui définit la délivrance, le transport de la chose vendue en la *puissance* et *possession* de l'acheteur. Ce mot *puissance*, dont on ne trouve l'équivalent dans aucun texte emprunté aux lois romaines, ni dans les définitions que Pothier, guide ordinaire des rédacteurs du Code Napoléon, donne de la livraison de la chose, est d'une énergie remarquable. Il est bien plus significatif que le *rem emptoris habere licere* des Romains, qui n'implique qu'une possession libre et pleine de la chose, *vacua possessio.* Ce n'est pas seulement un droit de possession aussi large que possible, que le législateur envisage dans la délivrance; il y voit quelque chose de plus: il veut que l'acheteur ait sur la chose un droit de puissance, c'est-à-dire tout ce qu'il y a de plus éminent dans les relations de l'homme avec la chose, ou, en d'autres termes, un droit de propriété.

Et comment pourrait-il se faire que la délivrance ne fût pas un investissement de la propriété? comment pourrait-on

supposer que le Code n'a entendu parler que d'une livraison telle que la définissent et la limitent les lois romaines ? Le Code, en effet, déclare nulle la vente de la chose d'autrui (art. 1599), à la différence des lois romaines, qui lui donnaient effet. L'acheteur a donc le droit de se plaindre, lorsque le vendeur ne lui transmet pas la propriété.

Ce qui faisait que, dans le système du droit romain, la vente de la chose d'autrui était permise, c'est que le contrat de vente ne consistait pas dans la translation de la propriété de la chose vendue, mais qu'il suffisait que le vendeur fit avoir la chose à l'acheteur. L'interdiction de la vente de la chose d'autrui par le Code Napoléon, prouve que son système est tout différent, et qu'il lui répugne de détacher la translation de la propriété des effets du contrat de vente.

Conséquente avec le principe que la vente ne transférait pas la propriété, l'ancienne jurisprudence ne voulait pas qu'un acquéreur fût fondé à se plaindre de ce que la propriété résidait dans la personne d'un tiers, alors que le tiers ne l'inquiétait pas. Tant qu'il n'était pas troublé, il ne pouvait se refuser au paiement du prix, et sa paisible jouissance était considérée comme réalisant toutes les promesses du vendeur.

Le Code Napoléon est bien loin de se montrer aussi indulgent envers le vendeur qui a aliéné une chose dont la propriété était au moins douteuse entre ses mains ; et, par son art. 1653, il autorise l'acquéreur à refuser le prix lorsqu'il a *juste sujet de craindre* une action en revendication. Pourquoi une pareille disposition, s'il n'était pas certain que, le vendeur n'ayant pas satisfait à toutes les obligations du contrat de vente, en ne transférant pas une propriété incommutable, l'acquéreur n'est pas forcé d'accomplir les obligations corrélatives qu'il s'est imposées.

Il me paraît donc certain que le Code Napoléon a rejeté la doctrine beaucoup trop subtile des lois romaines, doctrine que Dumoulin et Pothier avaient adoptée contre toutes les règles de l'équité et de la raison. Ce dernier jurisconsulte a

cherché à la concilier avec sa définition de la vente, qui, suivant lui, est un contrat par lequel le vendeur s'oblige envers l'acheteur de lui faire avoir la chose *librement et à titre de propriétaire ;* et cependant, il ne veut pas que la vente renferme l'obligation de transférer la propriété à l'acheteur ; de manière que ce dernier serait propriétaire de fait et non de droit, et que son titre ne serait que celui d'un quasi-propriétaire. Tout cela ne se comprend qu'avec effort, et je ne vois pas ce que gagne la science à de pareilles arguties. Aussi, dès avant le Code Napoléon, beaucoup de bons esprits avaient-ils fait effort pour les bannir de la jurisprudence. Caillet, professeur à Poitiers, au commencement du dix-septième siècle, avait soutenu que le principe des jurisconsultes romains était purement arbitraire et contraire à la nature des choses. Grotius y voyait une dérogation au droit naturel et une fiction du droit civil (*commenta juris civilis*), qui n'était pas observé partout. Bourjon paraît avoir partagé cette opinion ; car il donne, en propres termes, à l'achat l'effet de *faire passer la propriété* dans la personne de l'acheteur, ajoutant que c'est là *son effet naturel.* Il n'est pas étonnant que le Code Napoléon, qui a eu pour mission de simplifier les notions du droit, ait donné la préférence à cette opinion.

37. Mais voici une différence capitale entre les deux théories. Dans le droit romain, le consentement sur la chose et sur le prix n'était pas suffisant pour transférer la propriété ; il fallait encore la tradition de la chose. Car, en principe, les obligations ne transféraient jamais la propriété. Le domaine des choses ne s'acquérait que par la tradition, ou mise en possession de l'acquéreur. "*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*" La vente était bien parfaite sans tradition, en ce sens qu'elle produisait un lien de droit, une obligation de livrer la chose. Mais cette obligation était purement personnelle ; elle ne permettait pas à l'acquéreur d'agir par l'action *rei vindicatione*, comme propriétaire de la chose. Le véritable propriétaire, avant la tra-

dition, c'était le vendeur. Telle était la décision expresse des Institutes. "*Qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est.*" Ce qui avait pour conséquence que, lorsque la même chose était vendue par le même maître à deux individus, celui-là était préférable qui avait été mis le premier en possession de la chose.

38. Ces principes étaient suivis dans l'ancienne jurisprudence française. "Lorsque le vendeur, dit Pothier, est propriétaire de la chose et capable de l'aliéner..., l'effet de la tradition est de faire passer en la personne de l'acheteur la propriété de la chose vendue, pourvu que l'acheteur en ait payé le prix, ou que le vendeur ait suivi sa foi.

"Le contrat de vente ne peut pas produire par lui-même cet effet. Les contrats ne peuvent que former des engagements personnels entre les contractants. Ce n'est que la tradition faite en conséquence du contrat qui peut transférer la propriété de la chose qui a fait l'objet du contrat."

39. Le Code Napoléon a suivi un système opposé et dont les conséquences donnent au droit français une physionomie toute particulière (art. 711), et il décide dans notre article que l'acquéreur est investi, de droit, de la propriété de la chose vendue, par la seule puissance du consentement, et alors même qu'il n'y a pas eu de tradition ni de paiement du prix.

---

* 6 *Marcadé, sur arts.* 1582, 1583 *C. N.* } I.—La définition que l'art. 1582 donne de la vente est formulée en termes impropres et qui pourraient induire en erreur, si on ne les expliquait pas par les arts. 1583 et 1138. A Rome et dans notre ancien droit, la vente n'avait pour effet, de la part du vendeur, que de créer contre lui l'obligation de procurer à l'acheteur la libre jouissance de la chose, et non la propriété de la chose : *ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* (Dig. L. 19, t. 1, l. 30, § 1). Sans doute on aurait pu faire à Rome un contrat dans lequel l'une des parties, pour prix de la somme d'argent que l'autre lui payait, aurait

transféré à celle-ci, ou promis de lui transférer, la propriété même d'une chose ; mais ce contrat n'aurait point été le contrat de vente, il aurait constitué l'un de ces nombreux contrats auxquels la législation n'avait point donné de désignation particulière et qu'on appelait pour cela *contrats innomés :* quant à la vente, elle n'engendrait contre le vendeur que l'obligation de procurer à l'acheteur la libre possession du bien. Or si l'on s'en tenait à l'art. 1582 en l'isolant de ceux qui expliquent sa pensée, on pourrait croire qu'il consacre cette ancienne nature de la vente, puisqu'il la définit une convention par laquelle l'un *s'oblige à livrer une chose*, et c'est, en effet, ce sens d'un simple droit de jouissance et de possession que Toullier admet ici (XIV, 240).

Mais c'est une grave erreur. Cette ancienne nature du contrat de vente, déjà critiquée autrefois par beaucoup de nos auteurs français, a été répudiée par le Code, et c'est aujourd'hui la transmission de la propriété de la chose vendue qui fait l'objet du contrat de vente : ni les travaux préparatoires du Code, ni son texte même, ne permettent d'en douter. D'une part, en effet, il a été dit et répété, lors de la confection du Code, que *la transmission de propriété est aujourd'hui l'objet de la vente*, que c'est là *le but unique de ce contrat* (Fenet, XIV, p. 157, 192, etc.) D'un autre côté, on sait que le Code entend généralement par obligation de *livrer* l'obligation de *transférer la propriété*, comme le prouve l'art. 1138, qui, après avoir dit que toute obligation de *livrer* est parfaite par le seul consentement, ajoute comme conséquence qu'*elle rend le créancier propriétaire* de la chose dès l'instant où celle-ci a dû être livrée. Et c'est si bien là le sens de notre art. 1582, que l'art. 1583 ajoute immédiatement que dès que la vente, cette convention de livrer, est parfaite par l'accord des parties sur la chose et sur le prix, *la propriété est acquise à l'acheteur.* C'est enfin par application de ce principe nouveau que la vente de la chose d'autrui, qui était valable à Rome et dans notre ancien droit, est déclarée nulle dans notre Code (art. 1599). Quand, en effet, le vendeur n'était tenu que de

procurer à l'acheteur la libre possession et jouissance de la chose, il n'avait pas besoin d'être propriétaire, et l'acheteur, pourvu qu'il ne fût pas troublé dans sa possession, n'avait pas à réclamer; mais aujourd'hui que le vendeur doit transférer la propriété, il faut qu'il l'ait lui-même (puisqu'on ne peut pas donner ce qu'on n'a pas), et il y a dès lors nullité de la vente du bien d'autrui. Aussi tous les commentateurs du Code, même le continuateur et annotateur de Toullier, M. Duvergier (I, 12), reconnaissent-ils le changement apporté sur ce point aux anciens principes.

II.—Cette première différence avec les anciens principes en entraîne une seconde que les auteurs n'ont pas également mise en relief, et n'ont pas même toujours aperçue, quoiqu'elle soit pourtant indiquée deux fois pour une dans le Code. Alors même que la vente aurait eu pour but, dans l'ancien droit, la translation de la propriété, elle ne l'aurait toujours pas produite immédiatement et par l'effet direct du contrat; elle ne l'aurait opérée que médiatement, *ex post facto*, et au moyen de la tradition faite en vertu de ce contrat; il y aurait eu deux choses à distinguer alors: 1° le contrat de vente, faisant naître uniquement *l'obligation* de transférer le domaine de la chose; 2° la tradition, faite en exécution de cette obligation et réalisant la translation. Aujourd'hui il en est autrement, et c'est le contrat de vente qui opère immédiatement, indépendamment de tout fait postérieur, la translation de la propriété. On a vu, en effet, que l'art. 1138, à l'explication duquel nous renvoyons, pose en principe que toute convention de transférer la propriété d'une chose se trouve, par le seul effet du consentement, immédiatement *parfaite* (c'est-à-dire réputée mise à exécution, et censée suivie d'une tradition civile qui remplace la tradition matérielle), et que dès lors *elle rend le créancier propriétaire* à l'instant même et *avant que la tradition ait été faite*. Et la loi, faisant ici au contrat de vente l'application de ce principe, répète dans l'art. 1583 que, dès que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix, dès que la convention est formée,

la vente se trouve *parfaite* et la propriété acquise à l'acheteur, *quoique la chose n'ait pas été livrée.* Il ne faut donc pas, pour corriger la rédaction de l'art. 1582, définir la vente, comme le fait M. Duvergier (n° 17), un contrat par lequel l'un des contractants *s'oblige à transférer la propriété* d'une chose, mais bien un contrat par lequel l'un des contractants *transfère la propriété* d'une chose moyennant un prix en argent que l'autre partie s'oblige à payer. Car, encore une fois, c'est par l'effet immédiat et instantané de la convention que la translation de propriété s'accomplit, en sorte que l'obligation d'opérer cette translation ne peut pas même exister.

Du reste, si la translation instantanée de la propriété est aujourd'hui l'effet normal et ordinaire de la vente, elle n'en est pas un effet nécessaire, et la vente peut, dans certains cas exceptionnels, ne produire immédiatement que l'obligation de rendre l'acheteur propriétaire ultérieurement. C'est ce qui arrive, 1° quand, l'objet de la vente n'étant pas déterminé dans son individu, ou le prix n'étant pas encore connu, la vente n'est pas encore parfaite, comme on le verra sous l'art. 1585; 2° quand les parties, malgré la détermination précise de l'objet et du prix, conviennent de suspendre l'effet ordinaire du contrat, en stipulant que l'acheteur ne deviendra propriétaire qu'après un certain délai.

III.—Pour ce qui est de la restriction que l'art. 1583 semble apporter au principe de la translation de propriété par l'effet instantané du contrat, en disant que, par le seul consentement, la propriété est acquise à l'acheteur *à l'égard du vendeur*, elle a été expliquée sous les arts. 1140, 1141. On y a vu que la question de savoir si la transmission de propriété des immeubles serait efficace même *vis-à-vis des tiers* par le seul effet du contrat, ou si elle ne le serait qu'au moyen de la transcription de ce contrat, avait été renvoyée à notre titre et à celui *des hypothèques*, et que, restée encore indécise dans notre matière *de la vente*, comme on le voit par notre art. 1583, elle a enfin été résolue plus loin dans le sens de la translation absolue et *erga omnes* par la seule convention.

Quant à la transmission de propriété des meubles, on y a vu également que, si elle n'admet non plus aucune exception ni restriction, la propriété des choses mobilières se transmettant aussi à l'égard de tous par le seul consentement, cette propriété peut du moins se trouver détruite pour l'acquéreur par la prescription qui résulte instantanément de la possession de bonne foi d'un tiers, aux termes de l'art. 2279.

Mais il ne faut pas oublier que, à côté de la question d'existence de droit, il y a la question de sa preuve en cas de dénégation ; et comme les actes sous seing privé n'ont pas de date certaine par eux-mêmes vis-à-vis des tiers, il s'ensuit que l'acheteur a besoin, en fait d'immeubles, pour sa pleine sécurité, d'avoir un acte authentique ou un acte enregistré, de même qu'il a besoin, en fait de meubles, d'être mis en possession.

IV.—Bien entendu, c'est par les termes du contrat et par l'ensemble des circonstances que l'on apprécierait ici comme partout quelle a été la pensée des parties, et que l'on déciderait si elles ont fait véritablement une vente ou quelque autre contrat lui ressemblant plus ou moins, mais ne produisant pas les mêmes effets. C'est ainsi, par exemple, qu'il faudrait distinguer la vente, soit de la dation en payement, soit du prêt usuraire connu sous le nom de *mohatra.*

La dation en payement présente aujourd'hui, d'après les nouveaux principes de la vente, une grande analogie avec celle-ci, surtout quand c'est en payement d'une somme d'argent que la chose est livrée, puisqu'on y trouve alors une chose dont on transfère la propriété, et un prix formé par la somme que devait l'aliénateur, en sorte qu'il y a ici, comme dans la vente, *res, pretium et consensus.* Mais elle en diffère toujours par son but, qui n'est autre que la libération de l'aliénateur. Sans doute un débiteur peut aussi consentir à son créancier, et pour prix de la somme qu'il lui doit, une véritable vente de sa chose, de sorte qu'il sera quelquefois difficile de savoir lequel des deux contrats on a entendu

faire ; mais la difficulté de les distinguer ne les empêche pas d'être différents, et l'aliénateur, qui livre dans un cas comme vendeur, ne livre dans l'autre que comme débiteur désintéressant son créancier. Par conséquent, tandis que les clauses obscures ou ambiguës du contrat s'interpréteraient, en cas de vente, contre l'aliénateur, aux termes de l'art. 1602, elles s'interpréteront à son avantage au cas de dation en payement, la libération étant toujours favorable. Une autre différence, c'est que, si l'aliénateur prouvait plus tard que la somme qu'il croyait devoir n'était pas due, il ne serait, en cas de vente, qu'un vendeur non payé, et ne pourrait dès lors réclamer que le prix de la vente, tandis que, dans le cas de dation en payement, il peut répéter le bien en nature, puisque le détenteur ne l'avait reçu qu'à titre de créancier et n'est pas créancier : ce bien a été indûment payé, il y a donc lieu de le reprendre (Pothier, *Vente*, n° 603).

Quant à la convention appelée *mohatra*, et qui n'est qu'un prêt usuraire déguisé sous la forme de deux ventes du même objet (dont l'une au comptant et à bas prix, l'autre à un prix plus élevé et à terme), on conçoit que ce n'est pas par la teneur de l'acte, comme pour la dation en payement, qu'on pourra la reconnaître, mais par les circonstances seulement. Ainsi, quand je déclare vous vendre ma bibliothèque moyennant 3000 francs payables dans un an, et que vous déclarez, aussitôt après, me la revendre moyennant 2000 francs comptant, tout se réduit à ceci que je vous livre aujourd'hui 2000 francs pour que vous m'en rendiez 3000 dans un an, ce qui forme un prêt à 50 pour 100 par an. Il en sera de même si c'est vous qui me vendez votre bibliothèque pour 2000 francs comptant, et que je vous la revende aussitôt pour 3000 francs payables dans un an. Sans doute, il peut arriver souvent dans le commerce que des choses achetées aujourd'hui à bas prix se vendent demain fort cher, quoique la vente en soit, dans les deux cas, très-loyale et très-sincère ; mais la double opération pourra souvent aussi n'être qu'une fraude, et ce serait aux tribunaux de décider, d'après les circonstances, si

ce sont de véritables ventes qui ont eu lieu, ou si l'on n'a fait qu'un prêt à un taux réprouvé par la loi.

V.—Le second et dernier alinéa de l'art. 1582 nous dit que la vente peut se faire, soit par acte public, soit par acte privé ; mais, bien entendu, il ne s'agit là que de la preuve du contrat pour une valeur de plus de 150 francs. Il est bien évident, en effet, que la loi n'a pas entendu soumettre un contrat aussi fréquent que la vente à des difficultés exceptionnelles, et qu'il reste soumis aux règles du droit commun. Toutes les fois donc qu'il s'agira de 150 francs au plus, la preuve testimoniale, et par conséquent les simples présomptions, seraient admissibles, sans qu'il soit besoin d'un acte ; et si, au-dessus de 150 francs, la vente verbale qu'une des parties refuserait d'exécuter était avouée par elle, la convention aurait tout son effet.

Il va sans dire que si, dans une vente verbale, ou dans une vente par acte privé, on était convenu de rédiger après coup un acte quelconque pour la première, ou un acte authentique pour la seconde, cette circonstance ne permettrait pas, comme l'a jugé à tort un arrêt de Bourges de 1818, de considérer la première convention comme dénuée de valeur. Sans doute, il en serait autrement si l'on reconnaissait que les parties n'ont entendu faire qu'un projet qui ne devait devenir vente que par la rédaction de l'acte ultérieur; mais du moment que c'est bien une vente qu'on a entendu faire en premier lieu, la circonstance d'un acte à rédiger après coup ne saurait lui faire refuser son effet, et c'est ce que décident, avec raison, plusieurs arrêts plus récents de la même Cour

---

1473. Le contrat de vente est assujetti aux règles générales concernant les contrats, les effets et l'extinction des obliga-

1473. The contract of sale is subject to the general rules relating to contracts and to the effects and extinction of obliga-

tions, énoncées dans le titre *Des Obligations*, à moins qu'il n'y soit pourvu autrement d'une manière spéciale dans ce code.

tions declared in the title *Of Obligations*, unless it is otherwise specially provided in this code.

---

* *C. N.* 1584. } La vente peut être faite purement et simplement, ou sous une condition soit suspensive, soit résolutoire.

Elle peut aussi avoir pour objet deux ou plusieurs choses alternatives.

Dans tous ces cas, son effet est réglé par les principes généraux des conventions.

---

* 14 *Fenet, Recueil, p.* 185. } Il est encore des cas où il n'y a pas à distinguer dans la vente son accomplissement du consentement qui l'a fait naître, et dans lesquels elle existe ou non, selon un événement ou une condition auxquels son effet est subordonné.

Ainsi, suivant l'article 3, la vente peut être faite purement et simplement, ou sous une condition soit suspensive, soit résolutoire.

Il était inutile que le projet de loi expliquât en détail les règles qui devaient être appliquées à ces différens cas. Ces règles se trouvent dans les principes généraux des conventions qui sont déjà expliquées dans le Code. Il a donc suffi d'y renvoyer, comme le fait le même article 3.

1474. Lorsque des choses mobilières sont vendues au poids, au compte ou à la mesure, et non en bloc, la vente n'est par-

1474. When things moveable are sold by weight, number or measure, and not in the lump, the sale is not perfect until they

faite que lorsqu'elles ont été pesées, comptées ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander la délivrance ou des dommages-intérêts, suivant les circonstances.

have been weighed, counted or measured, but the buyer may demand the delivery of them or damages according to circumstances.

---

* *C. N.* 1585. } Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages et intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement.

Voy. *Pothier*, *Vente*, cité sur art. 1025 et *Digeste*, cité sur arts. 1025 et 1087.

---

* 6 *Marcadé*, *sur arts.* 1585, 1586 *C. N.* } I.—Quand il s'agit de choses qui peuvent se peser, se compter ou se mesurer, le Code distingue si la vente en a été faite en bloc ou si elle n'a eu lieu qu'au poids, au compte ou à la mesure. Cette distinction est fort importante par les effets différents que la vente produit dans l'un et l'autre cas; mais elle présente quelques difficultés et fait naître plus d'une controverse, soit quant au point de vue de savoir quand la vente sera faite en bloc et quand elle sera faite à la mesure, soit aussi quant aux effets qu'elle produit dans le second cas. Précisons l'un et l'autre point.

La vente est faite en bloc lorsqu'elle présente tout à la fois ces deux circonstances: 1° que les choses sont vendues en masse et dans leur ensemble; 2° qu'elles sont vendues par un seul et unique prix: *Confusè et acervatim pretio, insimul dicto.*

Elle n'est faite qu'au poids, au compte ou à la mesure dans l'hypothèse inverse, et par conséquent dans trois cas, c'est-à-dire toutes les fois qu'il y a absence, soit de chacune des deux conditions ci-dessus, soit de la première seulement de ces conditions, soit de la seconde seulement.

Ainsi, la vente est au poids, au compte ou à la mesure, 1° quand on ne vend les choses ni en masse ni pour un seul prix : par exemple, je vous vends 109 kilogrammes du café que j'ai dans ce magasin, à raison de 4 francs le kilogramme; ou 100 moutons à prendre dans mon troupeau, à 25 francs par tête; ou 100 décalitres du vin de cette cuve, à 20 francs le décalitre.—La vente est également faite au poids, au compte ou à la mesure, 2° si la condition d'unité d'objet n'existe pas, alors même qu'on aurait celle de l'unité de prix : ainsi, je vous vends, pour 400 francs, 100 kilogrammes de mon café; ou, pour 2500 fr., 100 moutons de mon troupeau; ou, pour 2000 francs, 100 décalitres du vin de cette cuve. *Non interest*, disait la loi romaine, *num pretium centum metretarum insimul dictum sit, an in singulas eas* (D., l. 18, t. 1, 35, § 7).—Il en est de même enfin, 3° quand c'est la condition d'unité de prix qui manque, et quoique les choses soient indiquées en masse : ainsi, je vous vends le lot de café que j'ai dans ce magasin à 4 fr. le kilogramme, ou mon troupeau à 25 francs par mouton, ou cette cuve de vin à 20 francs le décalitre. Il est vrai qu'on a quelquefois prétendu le contraire et voulu voir une vente en bloc, une vente d'objet certain et déterminé, par cela seul que les choses étaient indiquées en masse; mais cette idée est inadmissible. Elle est d'abord repoussée par le texte même de nos articles, puisqu'il oppose à la vente en bloc la vente au poids, au compte ou à la mesure, et que c'est bien vendre au compte, au poids ou à la mesure que de vendre à tant par kilogramme, ou par tête de bétail, ou par litre. D'un autre côté, la vente, d'après nos articles, est parfaite ou imparfaite, selon qu'elle est ou n'est pas vente en bloc; et elle n'est parfaite, d'après l'art. 1583, que lorsqu'il y a détermination et de la chose et du prix : or

le prix n'est nullement connu dans notre hypothèse, il ne le sera que par le pesage, le comptage ou le mesurage. Enfin la vente en bloc est, d'après nos articles, celle qui met les choses aux risques de l'acheteur : or c'est ce qui n'a pas lieu ici, puisque les choses peuvent, dans l'intervalle entre la vente et le mesurage, diminuer par dessiccation, évaporation, coulage ou autrement, et que l'acheteur ne payera cependant que la quantité qui existera lors du mesurage. Aussi la loi romaine nous dit-elle que la vente d'un troupeau n'est qu'une vente imparfaite (jusqu'au comptage) dès là qu'elle est faite à tant par tête : *si in singula corpora certo pretio.* Cujas explique de même que, pour qu'il y ait vente en bloc, il faut la réunion des deux conditions que nous avons indiquées, de choses vendues en masse (*confusè et acervatim*) et pour un seul prix total (*pretio insimul dicto, non in singulas res constituto*). Brunemann enseigne aussi que la vente est imparfaite, *licet universum venditum, si ad mensuram tamen.* Pothier, enfin, le guide ordinaire des rédacteurs de notre Code, professait la même doctrine.

II.—La vente est faite en bloc, au contraire, quand les choses sont vendues et pour un seul prix et comme formant un seul tout, c'est-à-dire quand il y a tout à la fois unité de prix et détermination de l'objet : je vous vends ce lot de café pour 400 francs, ou mon troupeau pour 2500 francs, ou cette cuve de vin pour 2000 francs.

Il importe peu alors que le vendeur fasse aussi connaître la quantité des choses vendues : ainsi, je vous vends pour 2000 francs ma cuve de vin, qui contient 100 décalitres ; ou pour 2500 francs mon troupeau, qui est de 100 moutons ; ou pour 400 francs mon lot de café, qui est de 100 kilogrammes ; car ce qu'on prend alors pour objet de la vente, ce n'est pas 100 kilogrammes de café, 100 moutons ou 100 décalitres de vin ; c'est *la cuve* de vin, *le troupeau* ou *le lot* de café : l'indication du chiffre n'est là que comme explication, pour mieux renseigner l'acheteur, et non comme déterminant l'objet de la vente. Sans doute cette indication ne serait pas sans effet :

le vendeur devant, ou connaître l'importance de la chose qu'il vend, ou ne rien dire à cet égard, il est clair que, malgré l'opinion contraire de M. Pardessus (II, p. 316), l'acheteur pourrait se plaindre si le chiffre indiqué n'existait pas, et serait en droit d'exiger ou le complément ou une diminution proportionnelle du prix. Mais cette indication n'empêche pas la vente d'être faite en bloc, et c'est avec raison que la Cour suprême l'a ainsi jugé pour la vente faite d'un baril d'azur de 100 kilogrammes, moyennant le prix de 1000 francs. On avait vendu, en effet, non pas 100 kilogrammes d'azur *in genere*, mais *tel baril* d'azur ; et la promesse accessoire que ce baril pesait 100 kilogrammes ne l'empêchait pas d'être un corps certain et déterminé. Et comme ce n'est pas aux mots ou à leur arrangement qu'il faut s'attacher, mais aux idées, on doit dire que, quand même l'indication de la quantité serait mise en première ligne, la vente serait toujours une vente en bloc, du moment que les choses qui en font l'objet (et que l'on vend pour un prix unique) sont vendues dans leur ensemble et comme un seul tout : ainsi, quand je vous vends pour une somme de... les 100 kilogrammes de café que renferme ce sac, les 100 moutons de mon troupeau, ou les 100 décalitres de vin que contient ma cuve, la circonstance qu'il y a indication de la quantité, et que cette indication se trouve même en premier ordre, n'empêche pas que l'objet de la vente ne soit réellement le sac de café, le troupeau ou la cuve de vin, c'est-à-dire un corps certain ; et comme la vente est d'ailleurs faite pour un seul prix, c'est donc bien une vente en bloc.

Ce serait également une vente en bloc que celle qui, faite ainsi pour un prix unique, aurait pour objet, non plus la totalité d'un ensemble de choses, mais une quote-part de cet ensemble : ainsi, je vous vends, pour une somme totale de..., la moitié, le tiers, le quart de mon sac de café, de mon troupeau ou de ma cuve de vin (ou des 100 kilogrammes de café de mon sac, des 100 moutons de mon troupeau, des 100 décalitres de vin de ma cuve). Sans doute, si une telle vente,

au lieu d'être faite pour un seul prix, l'était à tant la mesure, ce ne serait plus une vente en bloc (puisqu'elle ne le serait même pas alors, ainsi qu'on l'a vu plus haut, quand elle porterait sur le tout au lieu d'une quote-part), et par conséquent tous les risques resteraient alors pour le vendeur, comme le dit avec raison M. Troplong (n° 92, en note), en relevant à cet égard l'erreur de Delvincourt. Mais quand la vente a eu lieu pour un prix unique, elle est évidemment faite en bloc ; et le seul effet de cette circonstance que je ne vous ai vendu qu'une quote-part et non la totalité, c'est que la chose sera commune et indivise entre vous et moi, jusqu'à ce qu'il y ait partage.

III.—La vente, avons-nous dit, produit des effets très-différents, selon qu'elle est faite en bloc ou seulement à la mesure. Le Code indique ces effets différents en disant que, dans le premier cas, la vente *est parfaite*, et qu'elle ne l'est point dans le second. Mais qu'entend-il par là ? La plupart des auteurs et un arrêt ancien de la Cour de cassation, entendant restrictivement l'art. 1585, décident que la vente à la mesure n'est imparfaite que quant aux risques de la chose, qui ne passent point alors du vendeur à l'acheteur tant qu'il n'y a pas eu mesurage, mais non quant à la translation de propriété, qui s'opère toujours, disent-ils, à l'instant même du contrat, aussi bien que dans la vente en bloc. D'autres, au contraire, notamment M. Troplong (nos 86-88) et MM. Championnière et Rigaud (III, 1681), enseignent que la vente à la mesure n'opère pas plus la translation de propriété que la mise aux risques de l'acheteur, et que si le second effet lui est expressément refusé par notre texte, c'est précisément comme conséquence de l'absence du premier. D'autres enfin, et surtout M. Duvergier (I, 83), font ici une distinction d'après laquelle la vente à la mesure, quoique n'opérant jamais la translation des risques, opérerait dans certains cas, mais non dans certains autres, la translation de propriété.

De ces trois systèmes, le dernier doit tout d'abord être repoussé, puisque ce serait refaire la loi, au lieu de l'expli-

quer, que d'imaginer deux règles différentes là où elle n'en pose qu'une seule. La vente en bloc est *parfaite*, la vente à la mesure ne l'est pas, du moins dans tel sens (que la loi a cru suffisamment préciser, tandis qu'elle l'a laissé discutable). Cela étant, on peut bien discuter sur le sens du mot *parfaite*, mais on ne peut pas discuter sur l'unité de ce sens ; et quand la discussion aura fixé la portée de la règle, quand on saura dans quel sens le législateur entend que la vente à la mesure n'est pas parfaite, il est clair que toute vente faite à la mesure recevra l'application de cette règle. C'est donc entre les deux premières interprétations qu'il faut choisir, et nous allons voir que c'est à la seconde qu'il faut s'arrêter.

C'est dans ce sens qu'elle n'opère ni la transmission de propriété ni le transport des risques, que la vente faite au poids, au compte ou à la mesure est déclarée n'être pas parfaite ; la seconde idée n'est même, pour le législateur, que la conséquence de la première, et c'est précisément parce que l'acheteur ne devient pas ici propriétaire, que les risques ne tombent pas sur lui. On en peut donner trois preuves pour une. D'abord, il est certains cas dans lesquels la transmission de propriété se trouverait impossible par la force même des choses : quand je vous vends, pour 25 francs par tête, 30, 40 ou 50 moutons à prendre, soit à mon choix, soit au vôtre, soit au hasard, dans mon troupeau de 400 bêtes, comment voudriez-vous devenir propriétaire à l'instant et avant qu'on ait déterminé les moutons que vous aurez ? C'est bien impossible, puisque personne ne connaît encore les moutons sur lesquels frappera la vente. Par conséquent, dire, comme on prétend que le fait le Code, que les ventes à la mesure ne se trouvent imparfaites que pour ce qui concerne les risques et sont d'ailleurs translatives de propriété, ce serait poser une règle impossible et que répudierait la nature même des choses.—D'un autre côté, on a déjà vu sous les arts. 938 et 1138 que, dans le langage du Code, le contrat susceptible d'opérer la translation de propriété est appelé *parfait*, quand il a produit cette translation ; et ce qui est dit à cet égard par

l'art. 1138 pour tout contrat de ce genre, et par l'art. 938 pour la donation, est répété dans notre titre pour la vente par l'art. 1583, qui nous dit de même que, dès qu'il y a fixation de chose et de prix, la vente est *parfaite et la propriété acquise à l'acheteur.* Quand donc nos deux articles nous disent que, dans tel et tel cas, la vente est ou n'est pas parfaite, cela signifie qu'elle transfère ou ne transfère pas la propriété.—Nous avons également vu, sous l'article 1138, que, par convention *parfaite*, le Code (dans cette matière des contrats translatifs de propriété) entend, non pas une convention dûment formée, mais une convention légalement *consommée* et qui, au moyen de la tradition purement civile qui vient ici remplacer de plein droit la tradition matérielle, est réputée *suivie d'exécution* et pleinement *accomplie.* Or il est clair que cette fiction d'exécution ne peut pas exister pour une vente dans laquelle soit la chose, soit le prix, soit tous deux, ne sont pas même connus encore et restent à déterminer ultérieurement. Et ceci, notons-le, réfute aussi bien le système mixte de M. Duvergier que celui de la majorité des auteurs ; car, lors même que la chose est parfaitement déterminée, une vente ne peut certes pas être réputée *mise à exécution* et fictivement *consommée*, alors que le prix n'en est seulement pas connu.—La vérité de notre doctrine arrive enfin jusqu'à l'évidence quand on recourt aux travaux préparatoires. On y voit que, si le législateur n'a parlé que de l'exclusion du transport des risques, ce n'est pas du tout parce qu'il entendait maintenir ici la transmission de propriété, mais, au contraire, parce que l'exclusion de celle-ci était une chose allant de soi, admise par tout le monde, dont la première n'était même que la conséquence, et qui n'avait pas besoin d'être signalée. Voici, en effet, ce qui se passa. Dans la première rédaction, on avait seulement dit que la vente au poids, au compte ou à la mesure *n'est point parfaite* tant que la marchandise n'est pas pesée, comptée ou mesurée ; déjà, sur cette première rédaction, on avait expliqué devant le conseil d'État que le but de cette disposition était de ne pas soumettre

ce cas de vente à la mesure à la règle qui met immédiatement la chose aux risques de l'acheteur, *suivant l'axiome* RES PERIT DOMINO. Plus tard, le Tribunat proposa la rédaction plus explicite que nous avons aujourd'hui, non pas pour combattre l'idée que la vente ne transmet point alors la propriété, mais pour prévenir, au contraire, l'idée, tout opposée, qu'on aurait pu avoir de regarder la vente à la mesure comme ne produisant aucun effet avant le mesurage et ne créant pas même d'obligation : il voulait qu'il fût bien entendu que " s'il n'y a pas alors *d'accomplissement de la vente* (c'est-à-dire la tradition civile qui opère la transmission de propriété), du moins la vente existe et produit obligation." Aussi rien n'est plus explicite que les Rapports au Tribunat et au conseil d'État sur cette question. Le premier, en posant la distinction de la vente en bloc et de celle faite au poids, au compte ou à la mesure, nous dit : " Dans le premier cas, l'acheteur a reconnu... *Il deviendra donc propriétaire à l'instant de la vente.* Dans le second cas, au contraire, l'acheteur *ne peut devenir propriétaire des marchandises que lorsqu'elles auront été pesées, comptées ou mesurées.*" On lit de même dans le Rapport au conseil d'État : " Il était important de distinguer le cas où il y a transmission de propriété de ceux où il n'y en a pas... Dans le cas où la vente est *parfaite* par le seul consentement, la chose est *la propriété de l'acquéreur*, *et dès lors elle est à ses risques ;* au lieu que lorsque la vente existe à la vérité, mais qu'on ne peut pas la considérer *comme accomplie* sans le secours de quelque circonstance, la chose vendue est *aux risques du vendeur*, *qui n'est pas encore dessaisi de la propriété.*" (Fenet, t. XIV, p. 4, 21, 85, 153, 182, 183.)

IV.—Mais si la vente, quand elle est faite au poids, au compte ou à la mesure, n'est pas immédiatement parfaite, c'est-à-dire réputée accomplie et opérant le transport du risque et de la propriété, elle n'en est pas moins une convention qui lie dès à présent les parties. Elle n'existe pas encore comme contrat translatif de propriété ; mais elle existe comme contrat producteur d'obligation. L'acheteur

peut forcer le vendeur à peser, compter ou mesurer les choses pour les lui livrer dans le délai convenu ou, à défaut de convention, dans un délai que le juge déterminerait d'après l'usage et les circonstances; et il peut, à défaut de cette exécution par le vendeur, obtenir des dommages-intérêts. Le vendeur, de son côté, peut contraindre l'acheteur à exécuter et à prendre livraison. Et si les choses venaient à périr avant que l'acheteur eût consenti à prendre livraison, il faudrait distinguer. Si c'était après qu'il aurait été régulièrement procédé au pesage, au comptage ou au mesurage, les choses, devenues la propriété de l'acheteur, périraient pour lui, le vendeur restant toujours créancier de son prix. Si c'était avant l'opération (mais alors que l'acheteur était en demeure d'y procéder), les choses, à la vérité, périraient pour le vendeur, malgré l'idée contraire de M. Duranton (XVI, 89), puisque c'est seulement par le mesurage qu'elles passent aux risques de l'acheteur; mais cette perte du vendeur étant causée par la faute de l'acheteur qui refuse d'exécuter son engagement, le premier aurait droit à des dommages-intérêts qui seraient, tout naturellement, égaux au prix de la vente.

---

* 1 *Troplong, Vente, n° 85 et s.* } 85. Le résumé de notre article est donc ceci.

Lorsque la vente est faite au compte, à la mesure ou au poids, la vente est bien parfaite en ce sens que les parties ne peuvent y renoncer sans le consentement l'une de l'autre; mais elle n'est pas parfaite en ce sens, qu'avant le comptage, le mesurage, le pesage, la propriété n'est pas transférée, et la chose est aux risques du vendeur.

86. Je dis que la propriété n'est pas transférée. Les principes exposés sous l'art. 1583 conduisent nécessairement à ce résultat. Il ne peut y avoir translation du domaine de la chose lorsque cette chose n'est pas certaine, ou que le prix est en suspens, et que sa détermination dépend d'une condition qui n'est pas accomplie.

On a cependant prétendu le contraire sur le fondement d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 novembre 1812. "La vente des marchandises, dit l'arrêtiste, en faisant la rubrique de cette décision, faite à tant la mesure, *transfère la propriété à l'acheteur, même avant le mesurage*, si les parties sont d'accord sur la vente et sur le prix." M. Pardessus enseigne la même opinion ; il considère l'acheteur comme propriétaire, même avant le mesurage. M. Merlin rapporte l'arrêt de la Cour de cassation sans le contredire. Enfin M. Duranton, dont je ne connaissais pas l'ouvrage lorsque j'ai traité cette question pour la première fois, adopte cet arrêt sans soupçonner même que la question puisse être controversée.

Quelque respectables que soient ces autorités, nous ne pouvons accepter une telle doctrine. Nous allons démontrer qu'elle constitue une erreur palpable, et qu'elle s'appuie sur un commencement de jurisprudence qu'il faut se hâter de proscrire.

Voici les faits de l'arrêt rendu par la Cour de cassation.

Le 1er novembre 1808, Larue, marchand de bois, vend à Peyramont trente-six toises de bois à brûler, à raison de 170 fr. la toise. On stipule que *Peyramont sera propriétaire de ce bois du jour même de la rente*, et que néanmoins le vendeur fera arriver le bois au port de Haveix, où il s'obligeait à en faire la délivrance.

On voit déjà que les parties s'étaient expliquées sur la translation de la propriété, et qu'en la rattachant au moment même de la vente, elles avaient tranché en point de fait, et par la puissance même de leur volonté, une question que nous agitons ici dans les simples termes du droit.

Le bois est expédié, et arrive à Haveix. Mais Larue, oubliant ses engagements, vend à Dessales une partie de cette marchandise. C'était ouvertement discéder d'une vente qui, en la supposant conditionnelle, n'en liait pas moins le vendeur, ainsi que cela a été dit ci-dessus.

Le 25 janvier 1809, Larue tombe en faillite, et quelques jours après il vend l'autre partie de ce bois à Baignoles.

Peyramont se pourvoit à la fois contre Dessales, contre Baignoles et contre la faillite.

A Baignoles il dit : Vous avez acheté après la faillite ; donc votre vente est nulle.

Il dit à Dessales : Larue s'était dépouillé de la qualité de propriétaire par l'acte de vente ; il n'a donc pu agir que comme mon mandataire ; vous me devez donc compte du prix du bois que vous avez acheté de lui. Ce système était frappant d'évidence, et l'on voit qu'en se bornant à demander le prix, Peyramont rendait hommage au principe qu'entre deux acquéreurs de meubles la préférence est due à celui qui est saisi, conformément à l'art. 1141 du Code Napoléon. Dans l'espèce, Dessales avait eu la tradition de la partie de bois à lui vendue.

Enfin Peyramont disait aux syndics : " Vous représentez Larue ; vous devez donc me faire la délivrance de tout ce qui me manquera au compte que me doit Dessales, et à la restitution que doit me faire Baignoles."

Rien de plus juste encore que cette prétention ; car la faillite de Larue laissait subsister son obligation ; elle ne pouvait empêcher l'accomplissement de la condition, et, la condition une fois accomplie, la vente devenait pure et simple ; en un mot, il fallait juger de la capacité de Larue, non pas au moment de l'évènement de la condition, mais au moment du contrat.

La cour de Limoges donna gain de cause à Peyramont. Les arrêtistes ne nous font pas connaître les motifs de l'arrêt.

Sur le pourvoi en cassation, les syndics soutinrent que la vente, étant imparfaite au moment de la faillite, ne pouvait plus arriver à sa perfection à une époque à laquelle le failli était dessaisi de l'administration de ses biens. C'était une erreur manifeste, qui suffisait à elle seule pour ôter toute chance de succès à leur pourvoi en cassation.

Ils ajoutaient que la vente faite à Peyramont ne lui avait pas transféré la propriété, ce qui, dans l'espèce, n'était pas exact, puisqu'en fait, les parties avaient stipulé que la pro-

priété serait acquise par la vente et du jour même de cette vente, nonobstant le défaut de mesurage. Mais, en admettant que la convention des parties n'eut pas pu déroger au droit, et que la vente fût imparfaite sous le rapport de la translation de la propriété, que pouvait-il en résulter ? Rien absolument, car il fallait toujours en revenir à ce point, savoir, que la vente était parfaite sous le rapport du lien, et que par conséquent Larue ou ses représentants devaient en accomplir les clauses. C'est ce qu'avait jugé la cour de Limoges.

La seule question du procès était donc de savoir si la faillite s'opposait à l'accomplissement de la condition, question dont la solution devait évidemment tourner contre les syndics.

Eh bien ! c'est précisément ce point dont la Cour de cassation ne s'est pas occupée; elle a mieux aimé s'arrêter à la question de la translation de la propriété, qui était un hors-d'œuvre et un faux point de vue, et elle a jugé que la propriété était acquise conformément à l'art. 1583. Mais une pareille décision peut-elle faire autorité ? N'est-elle pas contraire à tous les principes sur l'effet des engagements conditionnels et sur la portée des obligations ? Ne résiste-t-elle pas aux termes mêmes de notre article, qui, en disant que le risque de la chose porte sur le vendeur tant qu'il n'y a pas de mesurage, fait clairement entendre qu'il demeure propriétaire ; car, d'après l'art. 1138, le risque est la conséquence de la propriété, et le Code Napoléon a voulu faire disparaître les principes de l'ancien droit, que Grotius trouvait contraires à la raison, et en vertu desquels on pouvait être chargé du péril de la chose sans en être propriétaire ?

87. La Cour de cassation objecte que notre article, en disant que la vente n'est pas parfaite, en ce sens que jusqu'au mesurage la chose est aux risques de l'acheteur, décide par là même que la vente est parfaite à tous autres égards que les risques, et que par conséquent elle est translative de propriété.

Ce raisonnement, quoique répété par M. Duranton, me paraît inexact. En voici la preuve.

[ARTICLE 1474.]

Notre article formait dans l'origine l'art. 4 du projet de loi soumis au conseil d'Etat. Il était ainsi conçu : " Lorsqu'on vend au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite que la marchandise ne soit pesée, comptée ou mesurée."

Quelques observations ayant été faites au conseil d'Etat sur la portée de cet article, le consul Cambacérès fit remarquer que le but des rédacteurs avait été d'indiquer " qu'on ne voulait pas soumettre le cas de la vente faite au compte, à la mesure et au poids à la disposition de l'art. 2 (aujourd'hui l'article 1583), qui, suivant l'axiome *Res perit domino*, met la chose aux risques de l'acheteur du moment que la vente est parfaite."

Ainsi, suivant M. Cambacérès, le risque suivait la propriété. Dans l'art. 1583, le risque pèse sur l'acheteur, parce qu'il est propriétaire, parce que *res perit domino* ; mais dans l'art. 4 (aujourd'hui l'art. 1585), on n'est pas soumis à la règle posée par l'art. 1583, et le risque incombe sur le vendeur. Pourquoi cela? Parce qu'il est propriétaire, parce que la vente n'a pas opéré de translation de la propriété. C'est la règle *Res perit domino* appliquée au vendeur, comme elle est appliquée à l'acquéreur dans l'art. 1583.

La rédaction communiquée au tribunat avait modifié l'art. 4 de la manière suivante :

" Lorsque les marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est parfaite qu'après que les marchandises ont été pesées, comptées, mesurées."

Le tribunat représenta que cet article pouvait donner lieu à une grande difficulté. " On peut en conclure, disait-il, que dans le cas qui y est prévu, il n'y a pas même de vente ; en sorte que l'acheteur n'aurait pas le droit de forcer le vendeur à l'exécution de son engagement. Cependant cet engagement existe et le vendeur peut toujours être obligé ou à délivrer la chose vendue, ou, s'il ne le peut pas, aux dommages et intérêts.

priété serait acquise par la vente et du jour même de cette vente, nonobstant le défaut de mesurage. Mais, en admettant que la convention des parties n'eut pas pu déroger au droit, et que la vente fût imparfaite sous le rapport de la translation de la propriété, que pouvait-il en résulter ? Rien absolument, car il fallait toujours en revenir à ce point, savoir, que la vente était parfaite sous le rapport du lien, et que par conséquent Larue ou ses représentants devaient en accomplir les clauses. C'est ce qu'avait jugé la cour de Limoges.

La seule question du procès était donc de savoir si la faillite s'opposait à l'accomplissement de la condition, question dont la solution devait évidemment tourner contre les syndics.

Eh bien ! c'est précisément ce point dont la Cour de cassation ne s'est pas occupéé ; elle a mieux aimé s'arrêter à la question de la translation de la propriété, qui était un hors-d'œuvre et un faux point de vue, et elle a jugé que la propriété était acquise conformément à l'art. 1583. Mais une pareille décision peut-elle faire autorité ? N'est-elle pas contraire à tous les principes sur l'effet des engagements conditionnels et sur la portée des obligations ? Ne résiste-t-elle pas aux termes mêmes de notre article, qui, en disant que le risque de la chose porte sur le vendeur tant qu'il n'y a pas de mesurage, fait clairement entendre qu'il demeure propriétaire ; car, d'après l'art. 1138, le risque est la conséquence de la propriété, et le Code Napoléon a voulu faire disparaître les principes de l'ancien droit, que Grotius trouvait contraires à la raison, et en vertu desquels on pouvait être chargé du péril de la chose sans en être propriétaire ?

87. La Cour de cassation objecte que notre article, en disant que la vente n'est pas parfaite, en ce sens que jusqu'au mesurage la chose est aux risques de l'acheteur, décide par là même que la vente est parfaite à tous autres égards que les risques, et que par conséquent elle est translative de propriété.

Ce raisonnement, quoique répété par M. Duranton, me paraît inexact. En voici la preuve.

[ARTICLE 1474.]

Notre article formait dans l'origine l'art. 4 du projet de loi soumis au conseil d'Etat. Il était ainsi conçu : " Lorsqu'on vend au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite que la marchandise ne soit pesée, comptée ou mesurée."

Quelques observations ayant été faites au conseil d'Etat sur la portée de cet article, le consul Cambacérès fit remarquer que le but des rédacteurs avait été d'indiquer " qu'on ne voulait pas soumettre le cas de la vente faite au compte, à la mesure et au poids à la disposition de l'art. 2 (aujourd'hui l'article 1583), qui, suivant l'axiome *Res perit domino*, met la chose aux risques de l'acheteur du moment que la vente est parfaite."

Ainsi, suivant M. Cambacérès, le risque suivait la propriété. Dans l'art. 1583, le risque pèse sur l'acheteur, parce qu'il est propriétaire, parce que *res perit domino* ; mais dans l'art. 4 (aujourd'hui l'art. 1585), on n'est pas soumis à la règle posée par l'art. 1583, et le risque incombe sur le vendeur. Pourquoi cela? Parce qu'il est propriétaire, parce que la vente n'a pas opéré de translation de la propriété. C'est la règle *Res perit domino* appliquée au vendeur, comme elle est appliquée à l'acquéreur dans l'art. 1583.

La rédaction communiquée au tribunat avait modifié l'art. 4 de la manière suivante :

" Lorsque les marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est parfaite qu'après que les marchandises ont été pesées, comptées, mesurées."

Le tribunat représenta que cet article pouvait donner lieu à une grande difficulté. " On peut en conclure, disait-il, que dans le cas qui y est prévu, il n'y a pas même de vente ; en sorte que l'acheteur n'aurait pas le droit de forcer le vendeur à l'exécution de son engagement. Cependant cet engagement existe et le vendeur peut toujours être obligé ou à délivrer la chose vendue, ou, s'il ne le peut pas, aux dommages et intérêts.

"Le seul effet que doive produire la circonstance énoncée dans l'article est que, *n'y ayant pas d'accomplissement de la vente*, quoique la vente existe, les risques que courent les choses vendues sont dans ce cas particulier à la charge du vendeur jusqu'au pesage, au comptage ou au mesurage."

En conséquence, le tribunat proposa une rédaction qui est celle de l'art. 1585.

On voit toute la pensée du tribunat : elle n'était pas de faire décider que la propriété était transférée, car il convenait qu'il n'y avait pas *accomplissement de la vente ;* mais il voulait qu'on ne pût pas abuser des termes de l'article pour dire que là vente n'existait pas, et que le vendeur pouvait se dégager.

---

* 14 *Fenet*, *Recueil sur Code Nap.*, *Tit.* 1, *p.* 4, 20, 21, 22, 85-6, 152-3, 182-5. } Art. 4. (1585 C. N.) Lorsqu'on vend au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite que la marchandise ne soit pesée, comptée ou mesurée.

P. 20.—L'article 4 est discuté.

M. Jollivet observe que le principe de cet article, posé d'une manière aussi générale, serait peut-être étendu même aux immeubles, quoique ce fût une fausse application.

Le Consul Cambacérès répond qu'il ne peut pas y avoir de méprise, parce que l'article explique clairement que ses dispositions ne concernent que les ventes de marchandises.

M. Bégouen dit que l'application de l'article, quand elle serait réduite à ces termes, ne serait pas exacte dans sa généralité.

M. Galli dit qu'en effet l'article ne peut s'appliquer même aux ventes de marchandises que lorsqu'elles sont faites sous la condition du mesurage.

M. Jollivet dit que, hors le cas dont il vient d'être parlé, la vente est valable, quoiqu'il y ait défaut de poids ou de mesure.

M. Réal ajoute que l'insuffisance du poids ne produit

d'autre effet que de donner au créancier une action pour obliger le vendeur à parfaire.

M. Bérenger dit que l'insuffisance du poids ne vicie pas la vente, la chose vendue fût-elle un corps certain comme est une balle de toile.

L'article n'établirait qu'une exception qui s'appliquerait à très-peu de ventes.

M. Treilhard dit que l'article tel qu'il est rédigé n'est peut-être pas parfaitement exact ; car, si l'on achète tout ce qui se trouve dans un magasin à raison de tant la mesure, il ne reste d'incertitude que sur la quotité ; la chose et le prix sont déterminés.

Le Consul Cambacérès pense que cètte opinion est susceptible d'objections. Dans une vente de dix muids de blé, par exemple, la chose n'est au risque de l'acheteur qu'après le mesurage ; c'est ce cas que l'article prévoit et décide.

M. Treilhard convient que cette opinion est exacte ; mais il pense qu'on peut la concilier avec la sienne.

Si l'on achète la totalité des marchandises déposées dans un magasin, la vente est parfaite aussitôt que le prix est convenu.

Si au contraire on achète une certaine quantité des marchandises non en bloc, mais à la mesure, comme dans l'hypothèse présentée par le Consul, la vente n'est parfaite qu'après que la marchandise a été mesurée et livrée.

Le Consul Cambacérès partage cette opinion ; mais ce qui importe, dit-il, c'est de ne pas soumettre le cas de l'article 4 à la disposition de l'article 2, qui, suivant l'axiome *res perit domino*, met la chose aux risques de l'acheteur du moment que la vente est parfaite.

M. Jollivet pense qu'on pourrait rendre cette idée en disant que le vendeur est responsable jusqu'à ce que la marchandise ait été pesée ou mesurée.

M. Treilhard dit qu'il suffit d'excepter de l'article le cas où la vente est faite en bloc.

P. 85.—Art. 4. Cet article, tel qu'il est rédigé dans le projet

de loi, peut donner lieu à une grande difficulté. On peut en conclure que, dans le cas qui y est prévu, il n'y a pas même de vente ; en sorte que l'acheteur n'aurait pas le droit de forcer le vendeur à l'exécution de son engagement. Cependant cet engagement existe, et le vendeur peut toujours être obligé ou à délivrer la chose vendue, ou, s'il ne le peut pas, aux dommages-intérêts.

Le seul effet que doive produire la circonstance énoncée dans l'article est que, n'y ayant pas d'accomplissement de la vente, quoique la vente existe, les risques que courent les choses vendues sont, dans ce cas particulier, à la charge de l'acheteur, jusqu'au pesage, au comptage et au mesurage.

La section croit qu'il est à propos d'exprimer clairement toute la pensée du législateur, en rédigeant cet article ainsi qu'il suit :

" Lorsque les marchandises ne sont pas vendues en bloc, " mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est " point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux " risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comp- " tées ou mesurées. Mais l'acheteur peut en demander la dé- " livrance, ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas " d'inexécution de l'engagement."

P. 152.—Comme c'est l'intention des parties qui détermine l'époque où leurs obligations respectives commencent, de même que l'étendue de ces obligations, il faut, par exemple, lorsqu'il s'agit de vente de marchandises, examiner si elles ont été vendues en bloc ou si elles l'ont été au poids, au compte ou à la mesure.

Dans le premier cas la vente est parfaite aussitôt que les parties ont traité. L'acheteur a reconnu implicitement qu'il consentait à les prendre sans autre vérification : c'est un risque qu'il veut bien courir. S'il y a plus qu'il n'espérait, il en profitera ; s'il y a moins, il en supportera la perte. Il devient donc propriétaire à l'instant de la vente.

Dans le second cas, au contraire, l'acheteur ne peut devenir propriétaire des marchandises que lorsqu'elles auront

été pesées, comptées ou mesurées ; car jusque là rien n'est déterminé ; et tant qu'il n'y a rien de déterminé les marchandises restent aux risques du vendeur : c'est sous ce point de vue que la vente n'est point parfaite. Au surplus, il existe un engagement réel entre les parties dès le moment du contrat. De cet engagement réciproque résulte pour l'acheteur le droit de demander la livraison des marchandises en faisant la vérification convenue, et pour le vendeur le droit de demander le prix de la vente, en offrant d'en faire la livraison.

Toutes ces réflexions s'appliquent aux objets qu'on est dans l'usage de goûter ou d'essayer.

P. 182.—L'objet de ce chapitre est de définir la vente, d'expliquer les cas dans lesquels elle est parfaite, et de déterminer ce qui la constitue.

La vente est définie " une convention par laquelle l'un " s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer."

Il n'est besoin d'aucune réflexion pour prouver qu'il y a là tout le mérite que doit avoir une définition.

On est ensuite parti de ce principe, que le consentement fait la vente. Cependant, quoique l'engagement qui donne l'essence à la vente existe, elle peut n'être pas toujours parfaite. Sa perfection dépend, dans certains cas, de quelques circonstances qui l'accomplissent ; et c'est seulement lors de cet accomplissement qu'elle peut être considérée comme ayant réellement opéré la transmission de la propriété.

Il était important de distinguer les cas où il y a transmission de propriété de ceux où il n'y en a pas, quoiqu'il y ait toujours l'engagement qui fait le principe de la vente, engagement dont l'exécution peut être réclamée par l'acheteur afin d'obtenir la délivrance de la chose vendue, ou des dommages et intérêts, si le vendeur est dans l'impossibilité de la délivrer.

La raison de cette distinction est que, dans le cas où la vente est parfaite et accomplie par le seul consentement, la chose vendue est dès le moment même de ce consentement au pouvoir de l'acheteur. Elle est sa propriété, et dès lors

elle est à ses risques, d'après la règle si connue : *Res perit domino.*

Au lieu que, lorsque la vente existe à la vérité, mais qu'on ne peut pas la considérer comme accomplie sans le concours de quelques circonstances, la chose vendue est aux risques du vendeur jusqu'à ce que ces circonstances arrivent : en sorte que si auparavant elle périt, c'est pour le vendeur qui n'est pas encore dessaisi de sa propriété.

C'est d'après ces idées qu'il a été dit, article 2, " que la " vente est parfaite entre les parties, et la propriété est ac- " quise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on " est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait " pas encore été livrée, ni même le prix payé."

Voilà le principe général. Le consentement seul donne l'essence à la vente, et emporte transmission de la propriété.

Une exception à ce principe est consignée dans l'article 4, qui est ainsi conçu : " Lorsque des marchandises ne sont pas " vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, " la quantité n'est point parfaite en ce sens que les choses " vendues sont aux risques du vendeur, jusqu'à ce qu'elles " soient pesées, comptées ou mesurées. Mais l'acheteur peut " en demander ou la délivrance ou des dommages et inté- " rêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement."

Ce dernier article est une suite évidente de la distinction que j'ai déjà faite.

Des marchandises sont-elles vendues en bloc ? la vente est dès lors parfaite (article 5). Ce cas rentre dans les principes généraux du contrat de vente. La perte ou les accidens que ces marchandises pourraient éprouver concernent l'acheteur qui en est devenu propriétaire.

Mais dans le cas différent, prévu dans l'article 4, il n'y aurait de vente accomplie et consommée qu'après la pesée, le compte ou le mesurage de la totalité de ce qui aurait été vendu, ou de la partie qui aurait été pesée, comptée ou me-

surée. Jusque là la perte ou les accidens seraient à la charge du vendeur.

Par la même raison, si, avant l'une ou l'autre de ces opérations, selon que les objets vendus en seraient susceptibles, le vendeur les revendait et les délivrait à un tiers, celui-ci en aurait la propriété exclusivement au premier acheteur, en faveur duquel il n'y aurait point eu de transmission de propriété.

Mais il est toujours juste que dans ce dernier cas, ou si le vendeur se trouvait par toute autre raison dans l'impossibilité de faire la délivrance des objets vendus, l'acheteur ait une action en dommages et intérêts contre le vendeur. L'engagement qui a formé la vente ne subsiste pas moins, et le vendeur ne laisse pas de demeurer responsable de son inexécution.

La disposition de cet article 4 s'induisait seulement des dispositions des lois romaines ; quelques auteurs en avaient ainsi développé le sens. L'explication claire et précise contenue dans l'article est une amélioration sensible.

Cette disposition est en harmonie avec les règles établies dans la section I[re] du chapitre II du titre du Code, concernant *les Contrats ou les Obligations conventionnelles*, qui explique en général dans quels cas les accidens arrivés à la chose vendue sont aux périls du vendeur ou à ceux de l'acheteur, lorsque la délivrance ne se fait pas dans le même temps que la vente.

C'est aussi par cette raison que, dans le projet de loi actuel, on a dû se renfermer dans les hypothèses qui y sont particulièrement énoncées, et qu'on a renvoyé par tous les autres cas, ainsi qu'on le voit dans l'article 43, aux règles prescrites au titre que je viens de rappeler.

[ARTICLE 1475.]

1475. La vente d'une chose à l'essai est présumée faite sous une condition suspensive, lorsqu'il n'appert pas d'une intention contraire des parties.

1475. The sale of a thing upon trial is presumed to be made under a suspensive condition, when the intention of the parties to the contrary is not apparent.

---

* *C. N.* 1588. } La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive.

---

* *ff. De contrahenda emp.*, *Liv.* 18, *Tit.* 1, *L.* 3 *et L.* 34, § 5. } *L.* 3. Si res ita distracta sit, *ut si displicuisset*, *inempta esset*, constat non esse sub conditione distractam, sed resolvi emptionem sub conditione. (ULPIANUS).

L. 34, § 5. Alia causa est degustandi, alia metiendi : gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat : mensura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, sed ut appareat quantum ematur. (PAULUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } *L.* 3. Si une vente est faite sous la clause que si la chose ne plaît point, la vente sera nulle, il est certain que la vente n'est pas conditionnelle, mais que cette condition ne tombe que sur la résolution de la vente. (ULPIEN).

L. 34, § 5. Il y a de la différence entre goûter ou mesurer une chose qui est en vente ; on la goûte pour voir si on s'en accommodera, et on peut ne la pas trouver bonne ; on la mesure, non pas afin de la payer plus ou moins cher, mais afin de savoir combien on en prend. (PAUL).

---

* *ff. De Ædilit. edict.*, *Liv.* 21, *Tit.* 1, *L.* 31, § 22. } Si quid ita venierit, *ut nisi placuerit*, *intra præfinitum tempus redhibeatur*, ea conventio rata habetur. Si autem de

tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexaginta dies utiles accommodatur emptori ad redhibendum : ultrà non. Si vero convenerit ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere. Item si tempus sexaginta dierum præfinitum redhibitioni præterierit, causa cognita judicium dabitur. (ULPIANUS).

Ibidem. } Si on vend quelque chose sous la condi-
Trad. de M. Hulot. } tion que si l'acheteur ne s'en accommode pas dans un temps fixé, le vendeur la reprendra, cette convention doit avoir son effet. Si on a inséré cette condition sans fixer de temps, l'acheteur aura une action expositive du fait dans les deux mois utiles pour la faire reprendre au vendeur ; au delà de ce temps il n'aura plus d'action. Mais si on est convenu que le vendeur reprendrait sa chose dans tous les temps, je pense que la convention est valable. Dans le cas même où le temps de deux mois aura été fixé, on donnera encore à l'acheteur l'action redhibitoire après ce temps, en connoissance de cause. (ULPIEN).

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), } 264. Dans les ventes de choses dont
Vente, *n*° 264 *et s.* } on ne peut bien connaître la qualité que par l'essai qu'on en fait, telles que sont un cheval, une pendule, une montre, c'est une clause assez usitée qu'on la vend à l'essai, et que, si l'acheteur n'en est pas content, le marché ne tiendra pas.

Ulpien nous apprend que ces ventes ne sont pas conditionnelles, et que la clause qu'elles contiennent n'est que résolutoire : *Si res ita distracta sit*, *ut*, *si displicuisset*, *inempta esset ; constat non esse sub conditione distractam*, *sed resolvi emptionem sub conditione* (1) *;* L. 3, ff. *de Contr. empt.*

Par cette clause qui est entièrement en faveur de l'acheteur, le vendeur s'engage envers l'acheteur à reprendre la chose, si elle ne convient pas à l'acheteur, et à lui en rendre le prix, s'il a été payé, sinon à l'en décharger.

(1) Le Code a adopté un principe contraire. *V.* art. 1588 C. civ. (BUGNET).

De cette obligation naît une action auxdites fins qu'a l'acheteur contre le vendeur, laquelle est une branche de l'action *ex empto*, puisqu'elle naît d'une clause qui fait partie du contrat.

265. Lorsque par cette clause il y a un temps limité, pendant lequel l'acheteur doit avoir la chose à l'essai, il peut, pendant tout ce temps, intenter cette action ; mais s'il le laisse passer sans l'avoir intentée, il n'y est plus désormais recevable. Lorsque par la clause il n'y a aucun temps limité, le droit romain fixe à soixante jours le temps dans lequel l'acheteur peut demander la résolution du contrat ; L. 31, § 22, ff. *de Ædil. edict.* Parmi nous ce temps doit être laissé à l'arbitrage du juge : il doit être court.

266. L'obligation qui résulte de cette clause, s'éteint lorsque la chose vient à périr ; car l'acheteur ne peut plus dire que cette chose ne lui convient pas, lorsqu'elle n'est plus, ni obliger le vendeur à la reprendre. Cette clause, comme nous l'avons observé, n'étant que résolutoire, la vente faite sous cette clause est parfaite, et la chose est par conséquent devenue aux risques de l'acheteur (1).

Il en serait autrement si, avant qu'il y eût eu une vente parfaite, et n'y ayant eu encore que des propositions, j'eusse donné à quelqu'un à l'essai pour un certain temps la chose que je me proposais de lui vendre. En ce cas, si elle périt, elle périt pour mon compte ; et il n'en est pas responsable, s'il n'y a eu aucune faute de sa part ; car n'y ayant pas encore de vente, *res perit domino.*

---

* 1 *Domat* (*Remy*), *Vente*, *Liv.* 1, *Tit.* 2, *sec.* 4, *n°* 8. } Les choses dont l'acheteur réserve la vue et l'essai, quoique le prix en soit fait, ne sont vendues qu'après que l'acheteur est content de l'épreuve qui est une espèce de condition d'où la vente dépend (C. civ. 1588) ; mais si la vente est déjà accom-

(1) Il faudrait aujourd'hui décider que la chose est aux risques du vendeur. *V.* art. 1182, C. civ. (BUGNET).

plie sous cette réserve, que si l'acheteur n'est pas content de la marchandise dans un certain temps, la vente sera résolue ; ce sera une condition dont l'événement résoudra la vente, qui cependant est tenue pour faite.

Une vente verbale, encore qu'il y ait eu paiement d'un à-compte, peut être considérée comme un simple projet, si les parties sont convenues de passer acte par écrit.

---

* 1 *Troplong*, *Vente*, *sur art.* 1588. } 105. Notre article s'occupe de la vente à l'essai, qui a un grand rapport avec la vente avec dégustation.

Il y a des choses qu'on ne se décide à acheter qu'après les avoir essayées, par exemple, un cheval, une pendule, une montre, une machine, etc. La condition d'essai doit être expresse et sortir de la convention même. La loi ne la sous-entend pas de plein droit.

106. Dans le droit romain, on s'attachait aux termes dont s'étaient servis les parties pour savoir si la condition d'essai était suspensive ou résolutoire. Ainsi, par exemple, dans une vente ainsi formulée: " Je vous vends mon cheval, à condition que, si vous n'en êtes pas content, la vente sera considérée comme non avenue," on voyait une vente soumise à une condition résolutoire. " *Si res ita*, distracta sit ut, si displicuisset, *inempta esset*, constat non esse sub conditione." En effet, le mot *inempta* impliquait l'existence d'une vente et son anéantissement ultérieur.

Il en était de même dans une vente portant la stipulation suivante : " Si quid ita vænierit, ut nisi placuerit, intra præfinitum tempus, redhibeatur." Car il n'y avait de rédhibition que là où il y avait eu vente consommée.

Au contraire, c'était une vente conditionnelle qu'un marché ainsi conçu : " Si Stichus intra certam diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot." Les termes indiquaient une condition suspensive du contrat.

Ces sortes de ventes à l'essai étaient aussi fréquentes chez

les Romains qu'elles le sont chez nous. Mais on voit, par la réserve des jurisconsultes romains à décider si elles étaient seulement conditionnelles ou résolubles, que, dans leur idée, tout dépendait des termes de la convention, et qu'ils n'avaient jamais songé à vouloir assigner de plein droit à la condition d'essai un effet plutôt résolutoire que suspensif, ou plutôt suspensif que résolutoire.

107. Mais il est arrivé que Pothier, malgré sa profonde connaissance des lois romaines, a mal saisi la décision d'Ulpien, contenue dans la loi 3, au Dig. *De cont. empt.*, et que, généralisant une opinion déterminée chez l'écrivain romain par les expressions spéciales de la stipulation qu'il devait juger, il a cru que, dans le droit des Pandectes, toutes les ventes à l'essai étaient censées contenir une condition résolutoire et non pas une condition suspensive.

Les rédacteurs du Code Napoléon trouvèrent ce préjugé établi par la grande autorité de Pothier. Sans en examiner l'origine, ils ne s'arrêtèrent qu'à ce qu'il y avait de trop exclusif et de forcé dans le résultat auquel il aboutissait. Mais, pour combattre une exagération, ils tombèrent dans une autre. Croyant qu'il fallait absolument qu'une présomption légale dominât la vente à l'essai, ils en créèrent une à leur tour, et substituèrent à la condition présumée résolutoire de Pothier une condition présumée suspensive. Le mieux eût été de mettre de côté tous les jugements *à priori*, d'imiter les jurisconsultes romains dans leur sage réserve, et de laisser la loi neutre sur un point qui ne saurait dépendre que de la convention des parties. Au surplus, puisqu'il a été reconnu, lors de la rédaction de notre article, qu'il pouvait y être dérogé par la stipulation, le magistrat aura toute latitude pour interroger l'intention des contractants, et pour y ramener l'interprétation de la convention.

108. Dans la vente faite avec la condition suspensive d'essai (ce cas est le plus fréquent), le vendeur est lié conditionnellement envers l'acheteur. Il est tenu de remplir ses promesses, si ce dernier agrée la chose. Au contraire, l'acheteur

reste libre de prendre ou de ne pas prendre pour le prix convenu l'objet dont il a traité. On ne peut pas dire qu'il y ait un véritable lien de droit à son égard, puisqu'en déclarant que la chose ne lui convient pas, il est maître de se dégager.

Il n'y a donc pas vente parfaite dans une vente faite sous condition suspensive d'essai. Nous ne pourrions que répéter ici les observations que nous avons faites sur la vente avec dégustation par l'acheteur; car nous ne voyons aucune différence entre l'une et l'autre.

A en juger cependant par les termes de notre article, on pourrait croire, au premier coup d'œil, qu'il y a une nuance; car, lorsque le législateur traite des ventes avec dégustation dans l'art. 1586, il dit qu'il *n'y a pas vente* tant que l'agrément de l'acheteur n'est pas donné; disposition qui est aussi absolue que possible et ne permet pas même de dire qu'il y a vente sous condition. Au contraire, en s'occupant, dans l'art. 1587, de la vente à l'essai, il prononce le mot de *vente*, il qualifie un pareil marché de *vente*, il dit que c'est une vente faite sous condition suspensive.

Serait-il donc vrai qu'il n'y eût pas vente dans la vente avec dégustation par l'acheteur, avant la dégustation et l'approbation de l'acheteur, et qu'il y eût vente dans le marché avec condition suspensive d'essai avant l'agrément de l'acheteur?

Non, sans doute. Il n'y a pas même une véritable vente conditionnelle; car, dans un contrat avec condition suspensive, les deux parties ne peuvent se dégager; au lieu qu'ici l'acheteur peut discéder du marché en disant que la chose ne lui plaît pas. Le législateur aurait en vain épuisé toute son autorité: il n'était pas en son pouvoir d'établir une disdinction raisonnable entre la vente avec dégustation et la vente avec condition suspensive d'essai. L'essai et la dégustation sont deux conditions de même genre, ayant le même but et produisant le même effet.

Mais hâtons-nous de dire que le législateur n'a pas voulu

créer une distinction qui ne serait qu'une antinomie entre l'art. 1586 et l'art. 1587. Son intention n'a été que de condamner l'opinion de Pothier, qui voyait dans la vente à l'essai une vente avec condition résolutoire. C'est là ce qui l'a forcé à parler de condition et à qualifier de suspensive une modalité que, dans l'ancienne jurisprudence française, on considérait comme résolutoire. Seulement, en formulant sa pensée, il s'est servi d'expressions qui la rendent d'une manière inexacte, et jettent quelque louche sur l'article 1587 combiné avec l'article 1586. Ainsi donc, la condition d'essai suspend la vente ; elle la suspend non-seulement en ce sens que la propriété reste au vendeur, mais encore en ce sens que l'acheteur n'est pas lié irrévocablement. Dès lors on peut conclure qu'il n'y a pas vente véritable et parfaite, que le contrat est boiteux, et qu'il règne une parfaite conformité entre le sens des articles 1586 et 1587.

109. Lorsque le délai nécessaire pour faire l'essai est précisé dans la convention, l'acheteur ne doit pas le dépasser. S'il le laisse écouler, la condition suspensive ne s'étant pas vérifiée, le traité s'évanouit. L'acheteur ne pourrait se faire relever ; car c'est une maxime certaine que *conditio semel defecta non restauratur* ; et remarquez que la déchéance de l'acheteur serait opérée de plein droit. C'est la disposition de l'article 1176 du Code Napoléon.

Si la condition d'essai était résolutoire, l'art. 1176 conduirait au même résultat ; car cet article est général et s'applique à toutes les conditions. L'acheteur serait donc déchu, et la vente deviendrait pure et simple.

En matière de commerce, celui qui laisse écouler le délai fixé dans la convention, sans faire connaître son sentiment sur la chose qu'il a prise à essai avant de l'acheter, est ordinairement condamné à la garder, soit par forme de dommages et intérêts, soit par l'effet de la présomption qu'il l'a agréée. Car, dans le commerce, l'intérêt dominant, c'est la circulation de la marchandise, qui ne doit jamais rentrer dans les magasins du vendeur, sans de graves motifs, attendu

qu'il en résulte pour lui un grand préjudice. Les présomptions se tournent donc vers le maintien du traité plutôt que vers sa dissolution.

Lorsque la convention ne fixe pas de délai pour l'essai, il faut distinguer si elle est conditionnelle ou résoluble.

Dans ce dernier cas, le droit romain fixait à soixante jours le temps dans lequel l'acheteur pouvait demander la résolution du contrat, à moins que les parties ne fussent convenues *ut in perpetuum redhibitio fiat*, ce qui était licite, par la raison que la résolution d'un contrat peut rester indéfiniment suspendue. Parmi nous, ce temps est laissé à l'arbitrage du juge. Il doit être court.

Dans le cas où le marché est conditionnel, l'on pourra, suivant les circonstances, ou décider que l'acheteur a approuvé, par son silence prolongé, la chose qui lui a été donnée à essai, ou le forcer, par le ministère du juge, à se prononcer dans un bref délai.

110. L'acheteur doit user loyalement de la chose livrée à essai. Il ne doit pas s'en servir pour des usages extraordinaires. Par exemple, si je vous donne à essai un cheval que vous devez m'acheter, vous ne devez ni l'employer aux courses publiques, ni le donner à louage, ni en tirer aucun profit. Car il n'est permis à quelqu'un d'exploiter dans un but de lucre la chose vendue qu'autant qu'elle est à ses risques. " Neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet, priusquàm periculo ejus sit." En s'en servant comme de sa chose propre, l'acheteur pourrait faire présumer qu'il l'agrée et que la vente est consommée.

111. Pendant le temps de l'essai, l'acheteur n'est pas responsable de la force majeure (*vis ignis aut alia vis major*). Mais il doit veiller à la chose en père de famille. " Si cui inspiciendum dedi sive ipsius causâ, sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstandum esse dico, propter utilitatem; periculum, non : si vero meî duntaxat causâ datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedet."

112. La faculté d'approuver la chose donnée à l'essai est

elle personnelle, de telle sorte qu'elle ne passe pas aux héritiers de l'acheteur ?

Voët répond affirmativement à cette question : " Videturque arbitrium illud declarandi voluntatem personale esse, ideoque morte ejus, qui velle debebat, evanescere, nec ad hæredem emptoris transmitti, qui proindè nec perfectam venditionem suæ voluntatis declaratione infirmare, nec imperfectæ et ex conditione suspensæ perfectionem petere aut eam suæ voluntatis significatione perficere potest."

Mais je crois que cette décision ne saurait être suivie. Dans un marché à essai, rien ne prouve qu'il ait été entendu que l'approbation serait un droit personnel à l'acquéreur. Il me paraît plus conforme à la nature des choses de dire que l'héritier de l'acquéreur peut profiter du marché.

Voët se fonde sur des textes qui me paraissent peu concluants.

Les 65, § 1, Dig. *De legat.*, 1, et 69, Dig. *De cond. et demonst.*, ne parlent que du cas où le testateur a donné une chose à un tel, s'il la veut. On comprend qu'il en soit ainsi en matière de disposition à titre gratuit, parce que l'on peut facilement supposer que celui qui donne n'a en vue que la personne du légataire, et non celle de l'héritier de ce légataire ; mais une telle présomption serait, à mon avis, tout-à-fait forcée si on l'appliquait à un marché dans lequel le but du vendeur a été, non de rendre un service, non de procurer un avantage personnel, mais de se défaire de sa chose sans considération de personnes, et peu importe au profit de qui.

La loi 4 au Dig. *Locati*, que cite encore Voët, ne me paraît pas plus décisive. Dans ce texte, Pomponius suppose qu'un bail a été fait avec cette condition insolite, *qu'il durera tant qu'il plaira au locataire ;* et il décide qu'à la mort de ce dernier, le bail est dissous. Rien en effet de plus juste que cette solution ; car, dès le moment que le locataire est décédé, il n'y a plus de volonté de sa part pour prolonger le bail. Sa mort met donc une fin nécessaire au contrat, et dès lors son héritier ne peut plus le reprendre. On conçoit d'ailleurs

que le bailleur ne se soit décidé à l'admission d'une clause pareille que par considération pour la discrétion du locataire, ou par affection pour lui, ou pour lui rendre service, mais qu'il n'ait pas de tels sentiments à l'égard de son héritier Or, peut-on dire qu'il en soit de même lorsqu'il s'agit de vente à l'essai ?

Le décès ou la faillite de l'acheteur n'empêcheront donc pas son héritier ou ses créanciers d'agréer la chose et d'exiger que la vente porte son effet.

113. Remarquez que l'agrément de l'acheteur ne donne pas à la vente un effet rétroactif au jour où le vendeur a fait ses offres. L'événement de la condition suspensive ne rétroagit qu'autant qu'il y a engagement de part et d'autre, et que la convention est réciproquement liée. Mais lorsqu'il n'y a engagement que du côté du vendeur, et que l'acheteur est libre de se départir, il n'en est pas de même : il n'y a vente parfaite que lorsque l'acheteur a consenti ; auparavant, la vente n'existait pas, et l'événement de la condition ne peut faire qu'il y ait eu contrat à une époque où il n'y avait pas consentement synallagmatique.

Ainsi, Pierre, mécanicien, traite avec Paul, négociant, d'une machine à vapeur, pour tisser, sous condition que ce dernier l'essaiera, et fera connaître son sentiment dans le délai de trois mois.

Pendant ce temps, Paul tombe en faillite ; mais ses syndics, croyant qu'il est utile pour la masse d'acheter cette machine qui fonctionne bien, font connaître à Pierre qu'ils l'agréent. Il ne faut pas croire que les syndics pourront faire supporter une perte sur le prix au vendeur, sous prétexte qu'il a contracté avant la faillite. Pierre n'a vendu qu'à la masse, ce sont les syndics seuls qui, depuis la faillite, sont venus ajouter leur consentement à celui de Pierre qui jusque-là était resté seul. Si donc la masse veut profiter de la chose, elle doit en payer le prix intégral.

[ARTICLE 1476.]

1476. La simple promesse de vente n'équivaut pas à vente ; mais le créancier peut demander que le débiteur lui passe un titre de vente suivant les conditions de la promesse, et qu'à défaut par lui de ce faire, le jugement équivaille à tel titre et en ait tous les effets légaux ; ou bien il peut recouvrer des dommages-intérêts suivant les dispositions contenues au titre *Des Obligations.*

1476. A simple promise of sale is not equivalent to a sale, but the creditor may demand that the debtor shall execute a deed of sale in his favor according to the terms of the promise, and, in default of so doing, that the judgment shall be equivalent to such deed and have all its legal effects; or he may recover damages according to the rules contained in the title *Of Obligations.*

---

* *C. N.* 1589. } La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

---

* 1 *Bardet, Recueil d'arrêts du Parlement de Paris, ch.* 100, *arrêt du* 2 *mars* 1627, *p.* 196-7. } Le 2 mars 1627 Me Brodeau plaida la cause de Nicolas Laurier marchand de Paris, appellant de la sentence du prévôt de Paris, qui l'avoit condamné à entretenir une promesse sous écriture privée faite avec Charles du Chesne procureur au châtelet au mois d'août 1626, par laquelle ledit du Chesne lui vendoit une maison sise à Paris pour le prix d'onze mille livres, et dont ils promettoient passer contrat pardevant notaires à la sureté de l'une et de l'autre des parties dans trois jours. Pour moyens d'appel, il dit que Laurier appellant a déclaré à du Chesne qu'il ne peut passer le contrat de vente de la maison, attendu que depuis la promesse il a découvert et reconnu qu'elle est

chargée de trois divers douaires, l'un coutumier et propre à ses enfans, les deux autres préfix. Par ce moyen la vente ne peut être aucunement assurée, et l'éviction en est éminente et apparente ; principalement pour le douaire coutumier, qui emporte la propriété de la maison. Le prévôt de Paris semble s'être arrêté sur ce que l'intimé a offert caution ; mais cette caution n'est suffisante à cause de l'incertitude, *propter fragilitatem cautionis*, comme parle le juriscons. *in L.* 66. *Ad Trebell. Propter incertæ cautionis eventum*, *L.* 6. *Quod falso Tut.* Aussi Seneque appelle telles cautions, *vacua habendi simulacra ;* et Plaute *in Asin. Vetus est*, *nihili cautio est.* Ces douaires n'auront peut-être lieu que dans quarante ans, tems suffisant pour rendre pauvres les plus riches en apparence. Il offre des dommages et intérêts, si aucuns en sont dûs. Me. Joubert pour du Chesne intimé dit, que la promesse en question est un contrat de vente parfaite, contrat synallagmatique, duquel une des parties ne peut résilir *invitâ alterâ.* L'appellant acquéreur n'a pu ignorer les douaires, puisqu'il savoit que l'intimé est marié. Il est incertain si ces douaires auront lieu ; néanmoins pour lui ôter tout sujet de plainte, on a offert que le prix de l'acquisition demeure entre les mains de l'appellant en payant les intérêts, ou qu'il soit employé en autres héritages qui demeureront hypothéqués, pour la sureté de l'acquéreur ; ou qu'on lui donnera bonne et suffisante caution : ce que le prévôt de Paris a ordonné conformément à la disposition du droit, *in L.* 24. *C. De evictionib. Si satis ei non offeratur*, *L. pen. De peric. et com. Nisi fidejussores idonei à venditore ejus evictionis offerantur*, *L. ult. De rescind. vendit.*

LA COUR, M. le Jay prononçant, mit l'appellation au néant ; ordonna que ce dont étoit appel, sortiroit son plein et entier effet, et condamna l'appellant aux dépens de la cause d'appel, le 2 mars 1627.

---

* 1 *Journal des Audiences*, *Arrêt*, 28 *Mai* 1658. } *Si une Promesse sous seing privé de vendre*, *est obligatoire de passer le Contrat de vente.*

[ARTICLE 1476.]

Le Mardy vingt-huitiéme de Mai 1658. de relevée, en l'Audience de la même Chambre, cette cause a été plaidée entre Madame la Duchesse de Bouillon, les enfans mineurs de défunt Monsieur le Duc de Bouillon, appellans, d'une part ; et le sieur de Bergue, intimé, d'autre.

Par la Sentence rendue aux Requêtes du Palais, ladite Dame et Messieurs ses enfans, furent condamnez passer cession et transport au profit du sieur de Bergue, de la Jurisdiction et Droits Seigneuriaux des Paroisses de Monsfons et Bannes, en indemnisant par lui les Officiers du Comté de Beaumont. De cette Sentence appel fut interjetté par ladite Dame et Messieurs ses enfans.

En 1650. défunt Monsieur de Bouillon passa une Promesse sous seing privé au sieur de Bergue Gentilhomme, de lui vendre les Seigneuries de basse, moyenne et haute Justice de Monsfons et Bannes, lequel en étoit possesseur par engagement du Roy, en cas qu'il traitât par échange avec le Roy de la Comté de Beaumont, d'où dépendent lesdites Terres, en contr'échange du Domaine de Sedan, appartenant audit sieûr de Bouillon. La promesse de vendre portoit pour et en considération des bons et agréables services du sieur de Bergue, pour jouir par lui desdites Seigneuries en telle proprieté et maniere que le Roy les possedoit, à la charge de relever du sieur Duc de Bouillon, à cause du Comté de Beaumont, que la vente sera faite suivant le prix qui en sera reglé par deux Gentilshommes.

En 1651. l'échange de Sedan fut faite avec le Roy, pour raison de quoy le Roy donna Château-Thierry, Evreux, le Comté de Beaumont, et autres Seigneuries, à Monsieur le Duc de Bouillon, lequel étant décedé peu de temps après, le sieur de Bergue fit assigner au Châtelet ladite Dame de Bouillon, et Messieurs ses enfans, à ce qu'ils fussent tenus de lui vendre et faire transport desdites Seigneuries, conformément à la Promesse. Messieurs de Bouillon en vertu de leur Committimus firent renvoyer la cause aux Requêtes du Palais, où intervint la Sentence dont est appel.

Petitpied pour les appelans, a dit : Que le sieur de Bergue n'avoit pas raison de prétendre que cet écrit signé par défunt Monsieur de Bouillon dût être exécuté. *Primo*, parce que cet acte n'étoit point obligatoire ; il n'étoit point signé du sieur de Bergue. Quand plusieurs personnes sont dénommées dans un Contrat, il doit être signé de tous, autrement l'acte ne passe que pour un simple projet, et n'est point obligatoire, parce qu'il n'est point sinallagmatique, suivant la disposition de la Loy 17. au Code *de fide instrumentorum ; contractus venditionum, vel permutationum, donationum, transactionum etiam, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata sint.* Au fait particulier, l'écrit de défunt Monsieur de Bouillon n'étant qu'une simple promesse de vendre, et non un contrat, ne pouvoit être considerable, ni obligatoire, l'obligation n'étant pas réciproque ; autrement tout le désavantage seroit du côté des appellans, l'Intimé n'ayant point signé la promesse ; et partant il dépendroit de lui de s'en départir. *Secundo*, en tout cas, quand le projet pourroit subsister, il ne pourroit être tenu qu'à des dommages et interêts : *Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris*, L. 1. *ff. de action. empti.* Les termes de la Loy 4. au Code *eod. tit.* y sont encore formels : *Si traditio rei vendictæ juxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus Præses Provinciæ, tantùm in condemnationis taxationem deducere curabit.* En troisiéme lieu ; les appellans soutenoient qu'il n'étoit pas même dû de dommages ; premierement, parce que l'écrit signé de Monsieur de Bouillon n'étoit pas un contrat parfait : *Non aliter*, dit Justinien, *perfectam esse venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint subscripta, manu propria contrahentium, et si per Tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta ; donec enim aliquid deest ex his, pœnitentiæ locus est, et potest emptor vel venditor sine pœna recedere, et impunè eis recedere concedimus, Inst. lib.* 3. *tit.* 24. *de empt. et vend.* Puisqu'il auroit été permis

au sieur de Bergue qui n'avoit point signé l'écrit de s'en départir, et de dire qu'il ne vouloit ou ne pouvoit exécuter le contrat, la condition doit être égale pour le vendeur ; joint que pour constituer la substance d'un contrat de vente, il eût fallu qu'il y eût eu un prix au contrat, *certum pretium esse debet;* ce qui ne se rencontroit dans l'écrit fait et signé par défunt Monsieur de Bouillon.

Mais la seconde raison principale pour faire voir qu'il n'y avoit point de lieu à une condamnation de dommages et interêts, *ob rem non traditam*, c'est que la promesse de vendre lesdites Justices et Seigneuries, étoit nulle, impossible, et contre le droit public; d'autant que Monsieur de Bouillon ne pouvoit pas démembrer la Justice de Beaumont, et en distraire desdites trois Seigneuries. Cette prohibition est un obstacle qui résulte de la chose même, et lie les mains aux appellans; ce qui suffit pour les exemter des dommages et interêts qui pourroient être prétendus. Il n'appartient pas aux Seigneurs particuliers de multiplier des Jurisdictions, il n'y a que le Roy qui le puisse faire.

Mais outre ce droit public prohibitif, qui se pratique dans ce Parlement, c'est que par les termes du contrat d'échange fait par défunt Monsieur de Boüillon avec le Roy, les appelans ont les mains liées; car il est dit que Monsieur de Bouillòn portera nuëment au Roy le Comté de Beaumont; ce qu'il ne pourroit pas s'il étoit obligé de faire le transport dont est question ; car il faudroit absolument un consentement du Roy pour l'exempter de la foy et hommage-lige à l'égard de ces trois Terres, qu'il ne pourroit plus porter au Roy sinon en arriere-fief ; ce qui ne pouvoit être fait, ainsi qu'il a été jugé par l'Arrest de Maupas en 1655. pour la Terre du Tremblay, démembrée par M. le Duc de Guise, pour relever de lui immédiatement, à cause de son Duché de Chevreuse. Les Habitans et Justiciables étant intervenans, il fut jugé que le démembrement n'avoit pû être fait, que cela ne se pouvoit faire que par le Roy seul. On oppose que la cause étant évoquée du Parlement de Bordeaux, dans

lequel l'usage des démembremens a lieu, il la faut juger suivant les regles de ce Parlement ; cet usage étoit attesté par un certificat de Messieurs les Gens du Roy dudit Parlement, et de six célebres Avocats : Mais la réponse à cette objection est, qu'il y a grande différence entre un bon et un mauvais usage ; et bien qu'il soit vrai qu'on pratiquât les démembremens des Jurisdictions dans le Parlement de Bordeaux, néanmoins comme il étoit contraire au droit public, il ne falloit pas l'autoriser ; et que si régulierement on dit que les causes évoquées se doivent juger suivant les regles et l'usage du Parlement dont elles sont évoquées, cela se doit entendre pourvû que cet usage ne soit contre le droit public ; et ce que l'Intimé demande est contre les Loix des fiefs ; car le transport desdites Seigneuries est un droit inséparable de la propriété du Comté de Beaumont ; c'est un droit de vasselage, une tenue de fief, une superiorité sur des Vassaux, qui ne peut être alienée sans leur consentement ; c'est une division et un démembrement de fief *respectu feudi*, touchant la cession des droits Seigneuriaux, et à l'égard de la Jurisdiction, on ne la peut transferer ni déleguer, ainsi que remarque Maître Charles du Moulin, sur la Coutume de Paris, *art.* 1. *gloss.* 3. *n.* 26. *Dominus retento feudo vel fundo, et ei dominanti à quo movetur feudum, et subfeudum non potest transferre in alium jus quod habet in vassallum, sive vassallagium.* Le même du Moulin rapporte au nombre suivant, qui est le 27. l'exemple de Bretagne, cedée au Roy d'Angleterre par le Roy de France, lequel transport demeura nul par l'empêchement d'Artus, Duc de Bretagne, parce que le Roy ne le peut pas même faire sans le consentement des Vassaux : *Determinatum est illam cessionem et delegationem non valere, et fieri non posse.*

Langlois pour le sieur de Bergue, intimé, a dit en premier lieu, que la promesse dont étoit question, étoit une gratification, laquelle avoit été faite au sieur de Bergue par défunt Monsieur le Duc de Bouillon, pour les services qu'il lui avoit rendus, ainsi, qu'il étoit justifié par plusieurs Lettres missives, écrites par ledit Seigneur de Bouillon. Cette promesse

étant faite pour reconnoissance de services, on ne pouvoit pas dire que cela se dût résoudre en dommages et interêts, les services ne recevant point de prix et d'estimation : D'ailleurs dans le droit, celui qui a vendu ne peut changer de volonté, pour dire qu'il ne sera tenu qu'à des dommages et interêts ; il doit limiter la chose, comme il est dit par l'Empereur Justinien, au §. 2. *Instit. de donationibus*, où les donations sont comparées aux contrats de ventes ; *donationes quæ fuerint perfectæ, temerè revocari non possunt ; et ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit.* Il n'est pas difficile de concilier la contrarieté qui semble être entre la Loy premiere, *ff. de actionibus empti et venditi*, et la Loy 4. Cod. *eod. tit.* car dans la premiere il est parlé seulement de l'acheteur, lequel a une action pour avoir la chose, ou bien une action de dommages et interêts ; et dans la Loy 4. au Cod. *eod. tit.* il est véritablement dit que le vendeur étoit condamné seulement aux dommages et interêts de l'acquereur : mais c'est lorsque le vendeur ne pouvoit pas donner la chose qu'il avoit promise, et hors ce cas le vendeur étoit obligé de livrer la chose.

L'écrit dont il s'agit est une véritable vente qui contient la chose et le prix ; sçavoir, celui qui sera arbitré par telles et telles personnes ; et quoiqu'il ne soit pas réduit en forme d'un écrit par des Notaires, il n'en est pas moins obligatoire, *ad traditionem rei.* Les termes de Maître Charles du Moulin sont considerables, et sont à ce sujet ; c'est sur la Coutume de Paris, Titre *des Censives*, Paragraphe 78. nomb. 82. *Quando partes remanent in simplicis conventionis de vendendo terminis, vel alio actu in futurum, ita quod intentio partium, et verba dispositiva, referantur ad actum de futuro, secus si et verba obligativa, et mens referantur ad actum præsentem, et omnia ad substantiam actus requisita præsto sint ; quia tunc licet inferantur verba sonantia in futurum, ut, promitto talem rem tanti vendere, tradere, et infra tot dies instrumentum authenticum sub tali sigillo, puta Parisiensi, conficere, nihilominus celebratur actus de præsenti, attentâ intentione partium, dispositione, et*

capacitate materiæ subjectæ. L'opinion de du Moulin est fondée sur la Loy 65. *ff. de Procuratoribus.*

L'on disoit encore de la part du sieur de Bergue, qu'il falloit le considerer comme un associé dans l'acquisition de Beaumont, parce que Monsieur de Bouillon avoit promis, que quand il auroit acquis Beaumont, il lui vendroit lesd. Seigneuries. Deux personnes peuvent convenir que l'un d'eux achetera un héritage, et qu'ils y auront chacun leur part, suivant la Loy 52. *Cum duobus*, *ff. pro socio*, et celui qui a acquis, ne peut pas après une telle convention, ne point faire part à l'autre de son acquisition, et prétendre que cela se doive résoudre en dommages et interêts.

Barthole traitant cette question sur la Loy *Juris gentium*, *ff. de pactis*, demande si cette promesse est obligatoire, et si elle donne une action. Sa résolution est fondée sur une distinction entre les contrats, *qui solo consensu perficiuntur*, *ut venditio*, et ceux qui *præter consensum requirunt traditionem ad perfectionem*, *ut depositum*, et il prononce en faveur de la promesse simple de vendre, qu'il faut exécuter. Il y a d'autres actes qui se font *in actu et ad actum;* par exemple, les promesses de mariage, qui n'ont pas même effet que les contrats de mariage. Quant à la Loy 17. Cod. *de fide instrumentorum*, que la disposition n'étoit pas considerable au fait de la cause, parce qu'elle dit, que quand les Parties sont en qualité seulement dans l'acte, et qu'elles n'ont pas signé, *tunc non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta suscriptionibusque partium confirmata fuerint ;* mais que le vendeur avoit signé dans la promesse dont étoit question.

Monsieur Talon Avocat General, représenta par les circonstances du fait, qu'il y avoit obligation d'exécuter la promesse causée par de grands services rendus à défunt Monsieur de Bouillon, lequel, s'il vivoit, satisferoit indubitablement à sa parole ; celui qui promet de vendre une chose, *ad traditionem rei tenetur*, si elle est en sa possession.

Conformément aux conclusions, la Cour a reçu les Officiers de Beaumont Parties intervenantes, et sur leur intervention,

ensemble sur l'appel, a mis les Parties hors de Cour et de procès, et sans dépens.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, *n°* 476 *et s.* } 476. Une *promesse de vendre* est une convention par laquelle quelqu'un s'oblige envers un autre de lui vendre une chose.

Par exemple, si, dans le contrat de vente que je vous ai fait de ma bibliothèque, il y a cette clause, " que je m'oblige de vous vendre aussi les tablettes, si elles vous conviennent, et si vous voulez les acheter " : cette clause renferme une promesse de vous vendre les tablettes.

Il y a une grande différence entre la promesse de vendre et la vente même. Celui qui vous promet de vous vendre une chose, ne la vend pas encore ; il contracte seulement l'obligation de vous la vendre lorsque vous le requerrez.

477. Il faut bien prendre garde à ne pas prendre pour une promesse de vendre, la déclaration que fait une personne de la disposition actuelle en laquelle elle est de vendre. Cette déclaration ne renferme aucune obligation, et laisse à celui qui la fait, la liberté de changer de volonté, jusqu'à ce que le marché ait été conclu. Par exemple, si, après avoir vendu verbalement ma bibliothèque, je n'ai pas dit formellement et précisément que je m'obligeais à vous vendre les tablettes, et que j'aie seulement dit : *Je vous vendrai aussi mes tablettes pour la somme de tant, si elles vous conviennent;* ce n'est qu'une simple déclaration de la disposition de la volonté actuelle dans laquelle j'étais, et non une véritable promesse.

Il faut, pour une promesse de vendre, que, lorsque vous m'avez dit ou écrit que vous me vendriez une telle chose, il paraisse clairement, par les termes dont vous vous êtes servi, que vous avez entendu vous y obliger, et que c'est une véritable convention qui est intervenue entre vous et moi ; sans cela c'est un simple discours qui ne renferme aucune obligation (1).

(1) Il faut convenir que cette distinction entre la promesse unilatérale de vendre, qui est obligatoire, et *un simple discours qui ne renferme*

[ARTICLE 1476.]

478. Le *contrat de vente* est un contrat synallagmatique, par lequel chacune des parties s'oblige l'une envers l'autre: mais la *promesse de vendre* est une convention par laquelle il n'y a que celui qui promet de vendre, qui s'engage; celui à qui la promesse est faite ne contracte de sa part aucune obligation.

Celui qui vend une certaine chose, devient débiteur de cette chose envers l'acheteur; cette chose devient dès lors aux risques de l'acheteur à qui elle est due, comme nous l'avons établi *suprà*, part. 4: mais celui qui vous promet de vous vendre une certaine chose, n'est pas encore débiteur de la chose même; il n'est débiteur que d'un fait. C'est pourquoi la chose qu'il vous a promis de vous vendre, continue d'être à ses risques, si elle périt, c'est lui qui en supporte la perte, vous n'êtes pas obligé de lui payer le prix de cette chose: vous ne la lui deviez pas encore, ne l'ayant pas achetée.

479. Lorsque celui qui m'a promis de me vendre une certaine chose, refuse d'accomplir sa promesse, puis-je l'obliger précisément à l'accomplir, en faisant ordonner que, faute par lui de me passer le contrat de vente qu'il s'est obligé de me passer, la sentence vaudra pour contrat de vente, et qu'il me sera permis, en vertu de ladite sentence, de saisir la chose, et de m'en faire mettre en possession? ou bien, sur son refus, ne puis-je obtenir contre lui qu'une condamnation de dommages et intérêts, qui s'estimeront à une somme d'argent?

D'un côté, on dira que c'est un principe général, que les obligations qui ne consistent pas à donner, mais à faire, *quæ non sunt in dando, sed in faciendo*, se résolvent en dommages

aucune obligation, n'est pas très nettement tranchée. L'exemple que donne Pothier du simple discours: *Je vous vendrai aussi mes tablettes pour la somme de tant, si elles vous conviennent*, pourrait paraître obligatoire, surtout cela étant énoncé sérieusement et après la vente de la bibliothèque; y a-t-il eu intention de s'obliger, ou non? Voilà toute la question, elle ne peut dépendre que des circonstances, dont l'appréciation est laissée à la prudence des juges. (BUGNET).

et intérêts, faute par le débiteur d'accomplir son obligation, parce que *Nemo potest cogi præcisè ad factum.* Donc, dira-t-on, l'obligation qui résulte de la promesse de vendre une chose, n'ayant pas tant pour objet la chose, qu'un fait qui est la vente de la chose ; étant une obligation *quæ non in dando, sed in faciendo consistit*, elle doit, suivant ce principe, se résoudre nécessairement en une simple obligation de dommages et intérêts.

D'un autre côté on dira que la règle : *Nemo potest cogi ad factum*, et celle que les obligations *quæ in faciendo consistunt*, se résolvent nécessairement en dommages et intérêts, ne reçoivent d'application qu'à l'égard des obligations de faits extérieurs et corporels, telle qu'est l'obligation de celui qui se serait obligé de copier mes cahiers, lesquels faits ne peuvent se suppléer que par une condamnation de dommages et intérêts. Mais le fait qui est l'objet d'une promesse de vendre, n'est pas un fait extérieur et corporel de la personne du débiteur : il peut le suppléer par un jugement, comme nous l'avons rapporté, qui ordonnera que, faute par le débiteur de vouloir passer un contrat de vente, le jugement vaudra pour contrat. Cette opinion paraît suivie dans la pratique, comme étant la plus conforme à la fidélité qui doit régner entre les hommes pour l'accomplissement de leurs promesses (1).

---

2 *Revue de Legisl.*, *p.* 79, *Bélair vs. Pélisson.* } A naked promise to sell without a price being named, and without any promise on the part of the vendee to buy, to pay for or to accept the land, is a *nudum pactum.*

---

* 4 *Décisions du B.C.*, *p.* 449, *Perrault vs Arcand.* } Dans une action pour contraindre un défendeur à passer un contrat de vente, le demandeur n'est pas tenu d'offrir par

(1) Cette opinion a pour effet de produire l'exécution précise de l'obligation, et non par équivalent, ce qui est préférable. (BUGNET).

son action, et de produire en cour avec icelle, son prix d'acquisition, surtout si le défendeur plaide qu'il ne peut exécuter l'acte demandé.

---

12 *Décis. du B. C., p.* 229, *Lacroix et Lambert.* } Sur action en résiliation d'une promesse de vente verbale d'un héritage, telle promesse admise par le défendeur avec des conditions différentes de celles alléguées par le demandeur, ce dernier qui n'a fait aucune preuve, a droit à un jugement suivant les conditions et offres admises par le défendeur.

---

15 *Décis. du B. C., p.* 89, *Gagnon vs Fecteau.* } Pour donner droit d'action en dommages pour non-exécution d'une promesse de vente, la promesse doit avoir été rédigée par écrit, ou le défendeur doit l'admettre formellement.

---

8 *Revue de Leg., p.* 306, *Charlebois vs St Germain.* } Une promesse de vente consentie à la condition que l'acquéreur remplisse certaines obligations, sera annulée si l'acquéreur manque à l'exécution de ses dites obligations.

McLellan vs McLellan, Montréal, 22 *mars* 1875. } On ne peut prouver une promesse de vente d'immeubles par preuve testimoniale, lorsqu'il n'y a pas commencement de preuve par écrit.

---

* 6 *Marcadé, sur art.* 1589 *C. N.* } La grande dispute qui existait autrefois, et que le Code est venu trancher, n'a jamais été de savoir si, en droit et légalement, une promesse de vente devait être rigoureusement la même chose qu'une vente. Personne, ni dans les siècles précédents, ni en 1804, n'a jamais imaginé une pareille idée. La dispute était de savoir

si la promesse de vente liait le promettant assez énergiquement pour que la vente s'ensuivît forcément, et qu'elle fût ainsi rendue certaine par la promesse ; si, en face du refus de ce promettant, elle procurait une condamnation à passer contrat ou à tenir ce contrat pour passé et remplacé par le jugement, ou si elle ne conduisait qu'à de simples dommages-intérêts ; si, enfin, la promesse de vente *assurait*, oui ou non, à chaque partie, *l'exécution de la vente* promise. C'est uniquement en ce sens qu'on se demandait si la promesse de vente vaut vente ou ne vaut pas vente. Ecoutons ceux de nos anciens auteurs qui y ont employé les termes les plus énergiques, les plus propres à faire naître l'erreur que nous combattons : Danty nous explique que si l'on appelle la promesse de vente une vente, c'est en ce sens qu'elle lie rigoureusement les deux parties, dont chacune sera tenue, même malgré sa volonté contraire, d'exécuter ce qu'elle a promis : " La promesse de vendre *est effectivement une vente; car elle est obligatoire de part et d'autre... Quod ab initio sponte scriptum, hoc ab invitis compleatur* (Preuve, p. 740)." Boiceau, après avoir posé le principe que " la promesse de vente *est une véritable vente*", l'explique ainsi : " Quant à la maxime que *l'on peut se départir* d'un contrat qui n'est pas encore parfait, elle ne peut être opposée ; car ceux-là se trompent, qui croient que cette maxime a lieu dans *les conventions qui portent promesse de vente*, de louer, etc. ; car ces sortes de contrats *sont parfaits entièrement*, quoique, pour leur entière exécution, *ils requièrent un autre contrat.* C'est pourquoi Bartole et Balde les appellent des *contrats innomés* (p. 737, nº 6)." Si la promesse de vendre est un contrat innomé, ce n'est donc pas une vente ; et Boiceau, en effet, nous dit plus haut (nº 1) que ces contrats "*ne sont pas des ventes* ni des baux." Si un autre contrat, c'est-à-dire la vente, est requis pour l'exécution de la promesse, c'est donc que cette promesse n'est pas la vente. Aussi était-il entendu que la promesse de vente laissait la chose aux risques de celui qui promettait de vendre, tandis qu'elle l'eût mise aux risques de celui qui promettait d'ache-

ter, si elle eût constitué une vente. Telle était l'ancienne doctrine, et telle aussi la jurisprudence ; car de nombreux arrêts consacraient ces principes, en même temps que d'autres, en très-petit nombre, appliquaient l'idée contraire de ceux qui n'admettaient là qu'un droit à des dommages-intérêts.

Maintenant, le Code aurait-il changé les idées en reproduisant les mêmes termes ? Sa règle que *promesse de vente vaut vente* n'aurait-elle plus le même sens que le principe *promesse de vente vaut vente* de Ferrières ; et quand le Rapport au Corps législatif nous dit que la promesse *a tous les effets de la vente* et qu'elle lui est *parfaitement assimilée*, veut-il dire plus que ne disaient Danty et Boiceau quand ils déclaraient que cette promesse *est effectivement une vente*, qu'elle est bien *une véritable vente ?...* Trois citations vont répondre à la question : 1° M. Portalis, dans son Exposé de motifs, après avoir dit qu'on trouve dans l'hypothèse prévue par notre article tout ce qui est de la substance du contrat de vente, indique comme commentaire de ses paroles le quatrième plaidoyer du t. VI de Cochin ; or voici ce qu'on lit dans ce plaidoyer : " Il a été mille fois jugé qu'une promesse de passer contrat de vente *était obligatoire* et qu'il suffisait pour cela que la promesse contînt les conditions essentielles de la vente ; et lorsqu'une des parties a voulu secouer le joug d'une pareille promesse, elle a toujours été *condamnée à l'exécuter* (Fenet, p. 115)." 2° Le Rapport au Corps législatif, dans le passage qui nous dit que la promese de vendre renferme la vente et en a les effets, ajoute : " L'usage en est aussi ancien que celui de la vente, et il n'y avait aucun inconvénient *à le conserver* (p. 189)." 3° Enfin, M. Maleville, l'un des quatre rédacteurs du Code, commence ses observations sur notre art. 1589 par cette phrase qui, à elle seule, est toute une démonstration et contient un commentaire complet de la question : " Cet article *termine une grande discussion* entre les docteurs, les uns *tenant que la promesse de vendre vaut vente et oblige à passer contrat ;* les autres, *qu'elle se résout en dommages-intérêts.*" Et sous l'article suivant, qui continue de s'occuper de la pro-

messe de vente, en parlant du cas où elle serait faite avec des arrhes, M. Malleville nous dit encore qu'il ne s'agit que des arrhes données *sur la simple promesse de vendre*, et non de celles données dans une vente parfaite (III, p. 359, 360).

Ainsi, le Code n'a point voulu innover, mais seulement *conserver* ce qui existait. La dispute qu'il a terminée n'était point de savoir si la promesse de vente doit être réputée une vente actuelle, mais de savoir si cette promesse *contient la vente en germe et conduit forcément à sa réalisation*, ou si elle conduit seulement *à des dommages-intérêts*. C'est en ce sens que les docteurs disaient, c'est en ce sens que le Code répète que la promesse de vente *vaut vente*, c'est-à-dire *oblige à passer le contrat*. Voilà ce que nous apprend un rédacteur même du Code.

Et comment, en effet, les principes de la raison et de la justice auraient-ils permis qu'il en fût autrement? Quand nous sommes convenus, moi de vous vendre, vous de m'acheter, tel domaine pour tel prix *dans deux ans*, comment la loi viendrait-elle briser la convention que nous avons faite, quoiqu'elle n'ait assurément rien de contraire à l'ordre public, et, de plus, y substituer violemment et contre notre volonté une convention toute différente ? Comment, quand nous sommes convenus de ne faire que dans deux ans, en 1856, le contrat de vente en question, la loi viendrait-elle nous dire qu'elle se moque de notre volonté et qu'elle tient ce contrat pour déjà fait par la simple promesse de 1854? C'est manifestement impossible, et M. Duvergier lui-même est forcé de le reconnaître (nº 125); or tel serait pourtant, dans le système contraire, le sens de l'art. 1589, qui n'autorise en aucune façon la distinction arbitraire que fait M. Duvergier. Aussi cette distinction, que le savant écrivain se flattait de voir adoptée par les autres auteurs, a-t-elle été rejetée par eux, comme on le voit dans la nouvelle édition de M. Dalloz, dans celle de M. Duranton et dans l'ouvrage de M. Zachariæ, qui proclame cette distinction *inconciliable avec le sens que M. Duvergier donne à l'article.* Il faut donc recon-

naître que la promesse de vente ne forme point le contrat de vente et qu'elle oblige seulement à le passer.

VI. — Ainsi, la promesse synallagmatique ne rend point le futur acheteur propriétaire, elle lui donne seulement le droit de le devenir, même malgré la volonté contraire de l'autre partie, c'est-à dire qu'elle produit, au profit du futur acheteur, identiquement les mêmes effets que la promesse unilatérale de vendre, de même qu'elle produit, au profit du futur vendeur, les mêmes effets que la promesse unilatérale d'acheter. C'est tout naturel, en effet, puisque cette promesse réciproque d'acheter et de vendre n'est rien autre chose que la réunion des deux promesses unilatérales. Et puisque la promesse ne rend point encore propriétaire le futur acheteur, qui ne deviendra tel que par la vente ou le jugement qui en tiendra lieu, il faut donc reconnaître (toujours comme pour la promesse unilatérale de vendre) que le futur vendeur conserve, non pas en droit, mais en fait, un moyen de rendre la vente promise impossible, en vendant à un autre. Par la même raison, les servitudes, hypothèques ou droits réels quelconques que le futur vendeur consentirait dans l'intervalle des deux actes seraient valables et donneraient seulement lieu contre lui à des dommages-intérêts. Enfin si, dans ce même intervalle, les deux parties convenaient de se délier réciproquement, il n'y aurait pas eu dans ce cas une vente et une revente ; il n'y aurait eu qu'une vente future qu'on était d'abord convenu de faire et qu'on est ensuite convenu de ne pas faire ; en sorte qu'au lieu de deux ventes, il ne s'est pas fait une seule vente, et au lieu de pouvoir exiger deux droits de mutation, l'enregistrement n'en pourrait exiger aucun.

Il va sans dire, au surplus, que le contrat synallagmatique de promesse de vente peut, comme le contrat unilatéral portant promesse, soit de vendre, soit d'acheter, comme le contrat même de vente et comme tout autre contrat, se faire ou purement et simplement, ou à terme, ou sous condition. Quand la promesse a été faite avec fixation d'un délai dans lequel l'exécution devra être demandée, soit par le créancier,

dans la promesse unilatérale, soit par l'un ou l'autre des contractants, dans la promesse synallagmatique, et que le terme expire sans que la demande ait été faite, la promesse est non avenue et chaque promettant libre de son engagement, sans qu'il soit besoin, comme l'enseigne M. Duranton (XVI, 58), d'une sommation ou autre acte équivalent: l'engagement n'ayant été pris que pour un certain temps, cet engagement expire quand expire le temps fixé. Quand la promesse, au contraire, a été faite sans indication de délai, il faut distinguer si elle est unilatérale ou synallagmatique. Dans ce dernier cas, les deux parties (en supposant, bien entendu, qu'il n'y ait pas non plus de condition, ou que la condition, s'il y en avait une, soit accomplie) sont liées absolument et indéfiniment; et quel que soit le temps écoulé depuis la promesse, chacune d'elles pourrait toujours, tant qu'elles ne seraient pas convenues de se dégager mutuellement, contraindre l'autre à l'exécution. Mais dans la promesse unilatérale, comme la partie qui s'est liée sans que l'autre partie se lie envers elle ne peut pas rester indéfiniment dans une pareille position, il faut bien, quoiqu'on n'ait pas fixé de terme à la durée de l'engagement, qu'il y en ait cependant un, et que le refus du créancier d'arriver à prendre un parti ne perpétue pas éternellement l'obligation du débiteur. Tout le monde est d'accord à cet égard; mais il y a dissentiment quand il s'agit de savoir si ce terme, dont l'expiration, arrivée sans que le créancier se soit prononcé, sera l'équivalent d'une renonciation au bénéfice de la promesse et déliera le promettant, peut être fixé par une simple sommation faite par celui-ci, ou s'il ne peut l'être que par un jugement. M. Duranton (XVI, 58) et M. Troplong (n° 117) enseignent qu'une sommation suffit, tandis que Pothier (n° 481) et comme lui M. Duvergier (n° 127) tiennent pour la nécessité d'un jugement. Mais nous pensons, comme ce dernier auteur, qu'il y a plutôt malentendu dans les termes que dissentiment dans les idées. Sans doute, en effet, le promettant procède régulièrement en faisant signifier à son créancier un acte par

lequel il le somme de se prononcer dans tel délai, faute de quoi il entend retirer sa promesse ; mais s'il y a contestation sur la valeur de cet acte (et ce n'est que pour ce cas de contestation que notre question peut s'élever), n'est-il pas évident que les tribunaux seuls pourront la vider, et qu'eux seuls devront décider, en appréciant les circonstances, si le délai imparti par la sommation était suffisant ou s'il y a lieu de le prolonger? Mais s'il en est ainsi, il est donc vrai de dire que la sommation ne sera jamais efficace qu'au moyen du jugement postérieur, et que, quand la fixation de délai sera obligatoire pour le créancier, ce sera, non pas en tant qu'elle est écrite dans la sommation, mais en tant qu'elle sera déclarée suffisante par le jugement.

1477. Si la promesse de vente est accompagnée d'arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en payant le double.

1477. If a promise of sale be accompanied by the giving of earnest, each of the contracting parties may recede from it; he who has given the earnest, by forfeiting it, and he who received it, by returning double the amount.

---

* *C. N.* 1590. } Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir.

Celui qui les a données, en les perdant,

Et celui qui les a reçues, en restituant le double.

Code du Canton de Vaud, art. 1122, et *C. Louis.*, art. 2438, semblables au *Code Napoléon, art.* 1590.

---

* 3 *Pothier*, (*Bugnet*), *Vente*, *n°* 496 *et s.* } 496. Il y a deux espèces d'*arrhes ;* les unes qui se donnent lors d'un contrat seulement projeté ; les autres qui se donnent après le contrat de vente conclu et arrêté.

§ Ier. *Des arrhes qui se donnent avant le marché conclu.*

497. Ces arrhes qui se donnent lors d'un marché seulement proposé, et avant qu'il ait été conclu, forment la matière d'un contrat particulier, par lequel celui qui me donne des arrhes consent de les perdre, et de m'en transférer la propriété, en cas de refus de sa part de conclure le marché proposé ; et je m'oblige de mon côté à les rendre au double, en cas de pareil refus de ma part ; L. 17, Cod. *de Fide inst.*

498. Cette convention étant de la nature du contrat d'arrhes, il n'est pas nécessaire qu'elle soit expresse : le seul fait par lequel l'une des parties, lors d'un marché proposé et non encore arrêté, donne quelque chose à l'autre par forme d'arrhes, renferme tacitement cette convention, quoique les parties ne s'en soient pas expliquées ; *eâd.* L. 17.

499. Ce contrat est un contrat réel ; car il ne peut y avoir de contrat d'arrhes, sans un fait, qui est la tradition des arrhes.

500. Par ce contrat, c'est celui qui reçoit les arrhes, qui s'oblige envers l'autre ; celui qui les donne ne contracte proprement aucune obligation ; mais il transfère par ce contrat la propriété des arrhes qu'il donne, dans le cas et sous la condition qu'il serait refusant de conclure le marché proposé.

501. Cela a lieu lorsque la chose qu'il donne pour arrhes est une chose qui lui appartient, et dont il peut par conséquent transférer la propriété : mais s'il m'avait donné pour arrhes une chose qui ne lui appartînt pas, contracterait-il l'obligation de la garantie envers moi ?

[ARTICLE 1477.]

Cela dépend de savoir comment on doit envisager le titre de celui qui reçoit des arrhes. Si c'est un titre lucratif, il n'y a pas lieu à la garantie : *Lucrativæ rei possessor ab evictionis actione ipsâ juris ratione depellitur ;* Paul, *Sentent.*, v. 10, 5. Mais peut-il être envisagé comme un titre lucratif ?

Il est vrai que celui qui m'a donné les arrhes, n'a rien reçu à la place ; je n'ai rien déboursé pour les avoir : mais si je n'ai rien déboursé, j'ai contracté une obligation réciproque envers celui qui me les a données, de les lui rendre au double, dans le cas auquel le refus viendrait de ma part.

C'est en récompense de cette obligation que j'ai contractée, qui était équivalente à la valeur des arrhes que vous me donniez, que j'ai les arrhes : je ne les ai donc pas à titre lucratif. Le contrat d'arrhes n'est pas, à la vérité, proprement du nombre des contrats *commutatifs ;* mais il est du nombre des contrats *intéressés de part et d'autre.* Ce n'est pas un titre *lucratif;* il donne par conséquent lieu à l'obligation de garantie.

502. Celui qui a reçu les arrhes s'oblige, en cas de refus de sa part de conclure le marché proposé, à rendre à celui qui les a données le double de la somme qu'il a reçue pour arrhes, si c'est une somme d'argent qu'il a reçue ; ou si c'est une autre chose, à rendre cette chose, et en sus la valeur de cette chose, au rapport des experts dont ils conviendront.

503. Si c'est d'un consentement réciproque que le marché ne se fait pas, parce que la perte de la chose qui en faisait l'objet, ou le changement considérable arrivé dans cette chose, empêche qu'il ne puisse se conclure ; celui qui a reçu les arrhes doit les rendre, et rien au delà. Lorsque le marché a été conclu, il doit pareillement les rendre ; sauf que si c'est une somme d'argent qui lui a été donnée pour arrhes, il peut la retenir, en l'imputant sur le prix qui lui est dû par l'acheteur qui la lui a donnée.

504. Enfin, celui qui a reçu quelque chose pour arrhes s'oblige à apporter le soin convenable pour la conservation

de cette chose : il doit être tenu, à cet égard, de la faute légère, le contrat d'arrhes se faisant pour l'intérêt de l'un et de l'autre des contractants.

§ II. *Des arrhes qui se donnent après le marché conclu.*

505. Ces arrhes ont coutume de se donner par l'acheteur au vendeur, pour servir à la preuve que le marché a été conclu et arrêté. C'est pourquoi Cujas les définit : *Quod ante pretium datur, et fidem facit contractûs facti totiusque pecuniæ solvendæ.*

Elles ne sont point de l'essence du contrat de vente, qui peut se faire sans donner d'arrhes, les parties pouvant s'en procurer d'autres preuves que celles qui résultent des arrhes.

C'est de cette espèce d'arrhes qui se donnent *in argumentum contractûs facti*, que par la loi 35, ff. *de Contrah. emp. Quod sæpè arrhæ nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arrhis conventio nihil proficiat, sed ut evidentiûs probari possit convenisse de pretio.*

506. Les arrhes que donne l'acheteur, consistent quelquefois dans une somme d'argent : elles sont censées en ce cas données à compte du prix que l'acheteur s'oblige de payer, et elles doivent s'y imputer. Le peuple, dans notre province, appelle cette espèce d'arrhes, *denier d'adieu*, parce que c'est une pièce de monnaie qui est donnée par l'acheteur au vendeur, lorsque les parties, après avoir conclu leur marché, se séparent et se disent *adieu.*

Quelquefois l'acheteur donne pour arrhes autre chose que de l'argent. Les Romains avaient coutume de donner pour arrhes *un anneau ;* L. 5, § 15, ff. *de Instit. act.* ; Pline, lib. 33, cap. 1. Le vendeur, en ce cas, a droit de retenir, comme une espèce de gage, la chose qui lui est donnée pour arrhes, jusqu'à ce qu'il ait été entièrement payé. Lorsqu'il a été entièrement payé, il doit rendre à l'acheteur la chose qu'il a reçue pour arrhes. La loi 11, § 6, ff. *de Act. empt.*, donne en ce cas à l'acheteur l'action qu'on appelle *condictio sine causâ*, pour

la répétition des arrhes: *Quia jam sine causâ*, dit la loi, *apud venditorem esset annulus.* Elle ajoute qu'il peut le répéter par l'action *ex empto.*

507. C'est une question entre les docteurs, si, lorsqu'après le contrat de vente conclu et arrêté, le vendeur a reçu des arrhes de l'acheteur, chacune des parties peut être contrainte par l'autre à l'exécution de son obligation, et condamnée, faute de l'exécuter, en tous les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation, de même que s'il n'avait pas été donné d'arrhes; ou s'il est au pouvoir de l'acheteur de se décharger de son obligation, en offrant de perdre les arrhes qu'il a données; et en celui du vendeur, de se désister pareillement de la sienne, en offrant les arrhes au double ?

Fachin, lib. 11, *Controv.* 28, et les docteurs par lui cités, ont suivi cette dernière opinion. Ils se fondent sur ce que Justinien, au tit. *de Empt. vend. princ.*, et en la loi 17, Cod. *de Fid. instr.*, dit que l'acheteur qui refuse d'exécuter le contrat, doit perdre les arrhes, et que le vendeur, lorsqu'il est refusant, doit les rendre au double. La loi, disent ces auteurs, ayant fixé les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation de l'acheteur, à la perte des arrhes du côté de l'acheteur, et à la restitution des arrhes au double du côté du vendeur, les parties ne peuvent pas en prétendre d'autres. En donnant et recevant les arrhes, elles doivent être censées s'être contentées de cette espèce de dommages et intérêts, et avoir renoncé à tous autres, même à toutes autres actions qu'elles pourraient avoir l'une contre l'autre pour l'exécution du contrat.

Weissembach, *in Parat. ad eumd. tit.*, ff. *de Contrah. empt.*, nº 9; et Vinnius, *ad eumd. tit.* Inst., rejettent avec raison cette opinion: ils disent que les textes opposés ne doivent s'entendre que des arrhes que l'on donne lors du marché seulement proposé, et non encore conclu. Il paraît assez évident que la loi 17 ne parle que de cette espèce d'arrhes; elle est dans l'espèce du contrat qui n'est pas encore conclu,

et que les parties différaient de conclure, jusqu'à ce qu'il fût couché par écrit. (1)

Le texte des Institutes, quoique louche et ambigu, ne doit s'entendre pareillement que de cette espèce d'arrhes. Ce qui est dit : *ita tamen impunè recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum*, fait voir évidemment que le contrat pour lequel on a donné des arrhes dans cette espèce, est un contrat qu'on aurait pu impunément ne pas exécuter, s'il n'y avait pas eu d'arrhes données; et par conséquent un contrat qui n'était pas encore fait et achevé ; mais à faire, et seulement projeté. C'est pourquoi les termes qui suivent : *sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*, doivent s'entendre en ce sens : *celebrari cœpta est*, comme l'explique Vinnius, *in not. ad hunc. tit.;* et ceux-ci : *is qui recusat adimplere contractum* en ce sens : *id est qui recusat perficere contractum ;* Vinnius, *ibid.*

Dans le cas de ces arrhes, qui ont été données lors d'un contrat seulement projeté et non conclu, il est clair que l'acheteur qui ne veut pas conclure le marché, en est quitte pour la perte de ses arrhes, et qu'il ne peut être contraint au paiement du prix, puisque le marché n'étant pas encore conclu, il n'a pas encore contracté l'obligation de le payer. Par

(1) Il est vrai que le texte de la loi 17 favorise cette opinion : *Si quæ arrhæ super* FACIENDA *emptione...datæ sunt...non procedente contractu... qui vendere* POLLICITUS EST, *venditionem recusem... et qui* EMERE PACTUS EST *ab emptione recusem.* Toutes ces expressions annoncent plutôt un projet, qu'une vente conclue et arrêtée. Mais il faut convenir aussi que le texte des Institutes est fort clair en sens contraire, et qu'il s'agit d'arrhes données non pas sur un projet de vente, mais sur une vente parfaite. Au lieu de corriger arbitrairement ce texte, ne serait-il pas plus simple, si l'on ne veut pas admettre d'innovation, de dire que les rédacteurs des articles ont mal reproduit, mal analysé la loi 17 ; que cependant c'est cette loi qui exprime la véritable pensée du législateur, car dans ce passage des Institutes, on aperçoit l'intention de raconter et de reproduire la substance d'une constitution précédente, et non pas d'en faire une nouvelle. (BUGNET).

la même raison, on ne peut demander autre chose que la restitntion des arrhès au double à la partie qui les a reçues, puisqu'elle n'était pas encore obligée à la tradition de la chose ; mais il en doit être autrement lorsque les arrhes ont été données après le marché conclu et arrêté. L'acheteur peut en ce cas être contraint au paiement du prix, puisqu'il s'y est obligé ; et par la même raison, le vendeur peut être contraint à livrer la chose, et, faute de la pouvoir livrer, condamné en tous les dépens, dommages et intérêts de l'acheteur, sans que chacun d'eux puisse se décharger de son obligation, quoique l'un offre de perdre ses arrhes, et l'autre de les payer au double. Il serait absurde que les arrhes étant, dans ce cas, intervenues pour la confirmation du contrat, pour le rendre plus certain et plus connu, on voulût leur donner l'effet de détruire le contrat, en détruisant les obligations qui en naissent, et les droits et actions qui en résultent (1).

Vinnius, qui est de notre sentiment, dit, sur la foi de Pacius, que le sentiment contraire est pratiqué en France.

(1) Les rédacteurs du Code n'ont parlé des arrhes qu'au sujet de la promesse de vente (art. 1590, C. civ.); mais ils ont décidé que la promesse de vente valait vente (art. 1589, C. civ.) ; il semblerait donc indifférent que les arrhes fussent intervenues sur une promesse de vente ou sur une vente parfaite. C'est ainsi que raisonnent certains auteurs.

Mais il faut remarquer que l'art. 1589 est d'un laconisme fort obscur ; que malgré les recherches sur son origine, et les savantes dissertations auxquelles il a déjà donné lieu, il est difficile, pour ne pas dire impossible, d'en saisir le véritable sens : d'un autre côté, s'il est raisonnable de stimuler par une peine les parties à accomplir leur projet, à réaliser la vente, tout en conservant une égalité de position, une réciprocité parfaite, laquelle ce soit qui refusera de réaliser la convention, étant soumise à la même clause pénale, il paraît absurde comme dit Pothier, que des arrhes intervenues pour la confirmation du contrat déjà existant, pour le rendre plus certain, plus connu, aient cependant pour effet de détruire ce même contrat.

Oui, il serait absurde de changer ainsi l'intention des parties : c'est leur volonté qui doit en cette matière faire la loi. Si les arrhes ont été

Je ne me suis point aperçu de cette pratique ; et je crois que ces auteurs, peu à portée de savoir notre pratique, ont erré dans le fait sur ce point. Despeisses, auteur français, suit le sentiment de Vinnius, part. 1, tit. 1, sect. 4.

508. Quoique l'acheteur qui, après le marché conclu et arrêté, a donné des arrhes, ait refusé de l'exécuter et de payer le prix ; s'il a été, nonobstant cela, contraint à le payer, et qu'il l'ait payé, il ne doit pas perdre ses arrhes ; elles doivent lui être rendues ; ou si c'est une somme d'argent, elle doit être imputée sur le prix ; car ce n'est que dans le cas d'inexécution du marché par son refus, qu'il doit les perdre ; mais lorsqu'il a payé, quoique contraint, le marché se trouve exécuté.

Il y a plus de difficulté lorsque le vendeur n'a pas effectivement exécuté le contrat, mais qu'il a été condamné, faute de l'exécuter, aux dommages et intérêts de l'acheteur. Je pense que, même en ce cas, l'acheteur ne peut prétendre que la simple répétition de ses arrhes, et non la restitution du double : car la restitution des arrhes au double, étant une peine qui tient lieu des dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat, l'acheteur se ferait payer doublement d'une même chose, si, après avoir été satisfait entièrement de ses dommages et intérêts, il se faisait encore restituer ses arrhes au double ; ce qui est contraire à cette loi de

données pour confirmer, consolider la vente, elles ne peuvent ni ne doivent la détruire ; ce sera un *à-compte* sur le prix, ou un gage, ou une manière quelconque de rendre notoire la conclusion du marché.

Mais rien n'empêche que les parties aient voulu donner aux arrhes un autre effet, c'est-à-dire en faire *un dédit*, une *condition résolutoire*, facultative pour chaque partie et avec la même clause pénale. Ce sera, lorsque les parties ne se seront pas positivement expliquées, une question de fait, d'interprétation, d'intention. Dans l'usage, nous croyons que la dénomination d'*arrhes*, indique plutôt une faculté de se dédire que l'accomplissement partiel de l'obligation ; mais le contraire pourrait être prouvé ou résulter des circonstances, et souvent de l'usage des lieux. *V.* ce que dit Pothier, ci-après, nº 509. (BUGNET).

l'équité : *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur ;* L. 57, ff. *de Reg. jur.*

509. Il nous reste une question. Lorsqu'il est incertain si le contrat par lequel on a donné des arrhes, est un contrat conclu et arrêté, ou s'il est seulement projeté, que doit-on présumer ?

Je réponds : quoique les arrhes se donnent en preuve du marché conclu et arrêté, *in argumentum venditionis contractæ* ; néanmoins, comme elles se donnent aussi souvent pour des contrats seulement projetés, elles ne peuvent pas seules, s'il n'y a d'autres preuves qui concourent d'ailleurs, former une preuve suffisante de la conclusion du marché. Cela doit néanmoins dépendre des circonstances : les arrhes qui se donnent dans le cas d'un marché seulement projeté, se donnant dans la vue d'engager les parties à l'exécuter ; savoir, celui qui les a données, par la crainte de les perdre ; et celui qui les a reçues, par la crainte de les rendre au double ; il s'ensuit que, lorsque ce qui a été donné pour arrhes est quelque chose de nulle considération, on ne peut guère regarder cette espèce d'arrhes comme des arrhes d'un marché seulement projeté, et qu'on doit au contraire les regarder comme des arrhes de la seconde espèce, qui ont été données pour servir de preuve et de témoignage d'un marché conclu et arrêté. C'est pourquoi lorsque, dans nos campagnes, les paysans donnent pour arrhes de leur marché un sou marqué, quelquefois même un liard seulement, ce qu'ils appellent le *denier d'adieu*, ces arrhes doivent passer pour des arrhes de la seconde espèce.

Tout ce que nous avons dit des arrhes qui interviennent dans le contrat de vente, peut s'appliquer à celles qui interviennent dans les autres contrats.

---

* 6 *Marcadé, sur art.* 1590 *C. N.* } I.—On entend ordinairement et en général, par *arrhes*, une somme d'argent (mais ce peut être aussi un autre objet) qui, dans les contrats de

vente ou de louage, est remise par l'une des parties (ordinairement l'acheteur ou le locataire) comme garantie, pour l'autre, de l'exécution de la convention. Mais notre article donne ici aux arrhes un caractère tout différent ; il déclare que, dans la promesse de vente, les arrhes, au lieu d'être ainsi un indice de l'irrévocabilité de la convention et de la pensée bien arrêtée dans laquelle sont les contractants de ne pas s'en départir, devront être considérées, au contraire, comme une preuve de la volonté réciproque des parties de n'être pas liées irrévocablement, et de pouvoir se dégager en perdant, l'une les arrhes qu'elle a données, l'autre une somme égale. Ainsi, tandis que la promesse réciproque que nous aurons souscrite, vous de me vendre votre maison, moi de l'acheter, pour le prix de 10,000 francs, dans un an, serait, si elle était faite sans arrhes, pleinement obligatoire et permettrait à chacun de nous d'obtenir dans un an, même contre le gré de l'autre, le contrat de vente ou un jugement en tenant lieu, cette même promesse faite avec 500 francs d'arrhes que je vous ai comptées, nous laisse libres de ne point exécuter, à la condition pour moi, si c'est moi qui renonce, de vous laisser mes 500 francs, et pour vous, si c'est de vous que vient le refus, de me rendre ces 500 francs, en m'en donnant encore 500 autres. Il est évident, au surplus, que si la convention s'exécute par la passation du contrat de vente, la somme donnée pour arrhes s'imputera sur le prix, en sorte que, dans l'hypothèse ci-dessus, je n'aurai plus que 9,500 francs à vous payer. Il n'est pas moins évident que si c'est par notre consentement mutuel que la promesse reste sans effet, ou parce que la chose vient à périr, ce qui rend impossible la vente promise, aucune partie ne doit rien perdre, et celle qui a reçu les arrhes doit les rendre sans y rien ajouter : le futur vendeur, dans le dernier cas, a seulement perdu sa chose, ce qui est tout simple, puisque, cette chose n'étant pas encore vendue, c'est nécessairement pour lui qu'elle périt. On s'étonne que M. Duranton (III, 263 *in fine*) présente un point aussi simple comme une question controversable.

Du reste, il n'est pas douteux que si la stipulation d'arrhes doit aussi être considérée, dans la promesse de vente, comme un moyen de dédit, ce n'est là qu'une règle générale, une présomption légale, qui devrait cesser dans les cas particuliers où il serait certain, soit par les termes de la convention, soit par les circonstances, que la pensée des contractants a été différente, et qu'elles ont considéré les arrhes comme un indice de l'irrévocabilité de leur promesse.

II. — Mais quel serait l'effet des arrhes si elles accompagnaient, non plus une simple promesse de vente, mais une vente ? C'est là une question très-controversée, très-compliquée, mais dont la solution cependant doit, selon nous, se réduire à quelque chose de fort simple.

Les uns, notamment M. Duvergier, veulent que ce qui est est dit dans notre article pour la promesse de vente s'applique également à la vente.

D'autres pensent, au contraire, que les principes du droit conduisent à la règle opposée, et telle est notamment l'opinion de M. Troplong, qui toutefois n'adopte cette règle qu'avec plusieurs distinctions et sous-distinctions. De part et d'autre, au surplus, on se jette dans de longues discussions pour rechercher quel était l'effet de la vente faite avec arrhes, soit dans le dernier état du droit romain, soit dans notre ancien droit français. Or, c'est là un point sur lequel il paraît impossible de se fixer. Dans le droit antérieur à Justinien, les arrhes étaient une preuve de l'irrévocabilité de la vente : *argumentum*, disait Gaïus, *emptionis et venditionis contractæ.* Mais Justinien fit à cette règle un changement sur la portée duquel on ne s'est jamais accordé, et s'il est vrai que le sens d'un simple dédit, admis aujourd'hui par M. Ducaurroy et M. Ortolan, et que professaient autrefois quelques docteurs, tels que Salichet et Fachin, soit, en effet, le seul conforme au texte des Institutes, il est constant aussi qu'il était autrefois repoussé par tous les commentateurs les plus célèbres, Bartole, Cujas, Vinnius, Voët, Pothier ; en sorte que

la doctrine de ceux-ci aurait beaucoup plus de chances que l'autre pour nous donner la pensée des rédacteurs du Code. Les travaux préparatoires ne nous renseignent pas davantage; et le passage du discours de M. Grenier au Corps législatif, que MM. Troplong et Duvergier, celui-ci en l'invoquant à l'appui de sa doctrine (n° 135), celui-là en le combattant comme contraire à la sienne (nos 140 et 145), citent tous deux comme étendant à la vente faite avec des arrhes ce que la loi dit de la promesse de vente ainsi faite, ne dit rien de semblable. MM. Troplong et Duvergier, isolant le dernier alinéa du passage au lieu de le rattacher à ce qui précède, et changeant d'ailleurs sa ponctuation, interprètent mal cette phrase de M. Grenier, que " les arrhes déterminent le caractère et l'effet de l'engagement, en le réduisant à une simple promesse de vendre dont on pourra se désister." Ils entendent par là que les arrhes réduisent *la vente* à n'être plus *qu'une promesse de vendre*, dont on pourra se désister, tandis que l'idée est que les arrhes réduisent *une promesse de vendre*, qui sans elle serait irrévocable, à n'être plus qu'une promesse de vendre *dont on pourra se désister*. Ce sens, qui se révèle déjà par la virgule que les deux auteurs ont placée après les mots *promesse de vendre*, et qui n'existe pas dans le procès-verbal (ce qui indique qu'il ne s'agit pas de réduire l'engagement A UNE PROMESSE dont... mais de le réduire *à une promesse dont* ON POURRA SE DÉSISTER), ce sens, disons-nous, devient d'ailleurs évident quand on rattache la phrase à celles qui la précèdent. M. Grenier, en effet, après avoir analysé l'art. 1589 (qui s'occupe, dit-il, *d'un autre acte* que la vente, à savoir *la promesse de vendre*, pour nous dire que cette promesse vaut vente), ajoute, en arrivant à notre article, que " il a paru sage d'établir *une exception* à cette règle *pour une espèce de promesse de vendre.* C'est *celle* qui est faite avec des arrhes." Et il arrive de là à la phrase en question, qui ne s'occupe ainsi que de *la promesse de vendre* et nullement de la vente. Aussi M. Maleville, l'un des rédacteurs, nous dit-il que " il s'agit dans cet article des arrhes données sur la simple

promesse de vendre, et non de celles données la vente une fois parfaite."

Ainsi, notre législateur, en réglant l'effet des arrhes dans les promesses de vente, n'a posé, ni explicitement, ni implicitement, aucune règle sur l'effet qu'elles devront produire dans les ventes. Mais ce silence absolu est-il ici une lacune qu'il faille combler? Sommes-nous ici dans un cas où une règle de droit spéciale et posée *à priori* soit indispensable ? Assurément non, puisqu'il ne s'agira jamais que d'une question d'intention, que de l'appréciation de la volonté des contractants, question de fait que le juge devra décider, dans chaque espèce, par les usages de la localité, par l'importance des arrhes comparée au prix de la chose, par les habitudes des parties, par l'ensemble des diverses circonstances de l'opération. C'est par ce moyen, et comme point de fait, qu'il jugera si la somme ou autre valeur remise l'a été comme indice de la faculté de se dédire, ou comme signe, au contraire, de l'irrévocabilité de la convention, ou comme simple à-compte sur le prix convenu, ou enfin avec ces deux derniers caractères tout ensemble.

Donc, tandis que, pour les simples promesses de vente, le juge a une voie tracée à l'avance et ne doit voir dans les arrhes qu'un moyen de délit, à moins de preuve du contraire, pour les ventes, aucune règle ne lui est imposée, ni dans un sens, ni dans l'autre, et il a toute latitude pour rechercher et suivre, selon sa conscience, la pensée certaine ou probable des contractants.

1478. La promesse de vente avec tradition et possession actuelle équivaut à vente.

1478. A promise of sale with tradition and actual possession is equivalent to sale.

3 *Revue de Lég.*, *p.* 261, *Gaulin vs Pichette.* } Une vente verbale d'un immeuble avec promesse de passer contrat n'est pas une vente obligatoire et ne constitue pas un contrat absolu et parfait. La vente d'immeubles, tant qu'elle n'est pas suivie de la confection de l'acte, n'est rien autre chose qu'un pourparler dont chacune des parties peut se désister ; — en d'autres termes, la vente verbale d'immeubles n'est pas obligatoire.

---

1 *Décis. du B. C.*, *p.* 275, *Kerr et Livingston.* } Un acte portant être une promesse de vente, mais contenant saisine en faveur de l'acquéreur, et dépossession du vendeur, est une véritable vente nonobstant la condition de passer titre après paiement du premier *instalment.*

---

10 *Décis. du B. C.*, *p.* 272, *Sémin. de Québ. vs McGuire.* } Une promesse de vente accompagnée de prise de possession équivaut à une vente, et donne lieu à l'action pour lods et ventes.

Ib., *p.* 315, *Gosselin vs Grand Tronc.* } Une promesse de vente suivie de possession, est équivalente à une vente absolue ; et une créance hypothécaire contre le vendeur, créée subséquemment à telle promesse de vente, est de nul effet quant à la propriété vendue. Dans le cas où l'acquéreur porte une action contre un tiers, auquel il a revendu une portion de la propriété, tant comme propriétaire que comme procureur de son vendeur en vertu de telle promesse de vente, jugement sera rendu en sa faveur ; et le fait d'avoir vendu comme procureur de son vendeur, ne pourra affecter son droit de réclamer comme propriétaire.

---

3 *Low. C. J.*, *p.* 176, *Pinsonnault et Dubé.* } La promesse de vente (qui vaut vente), quoique verbale, est obligatoire.

14 *Low. C. J., p.* 102, *Renaud & Arcand.* } Par ces mots : " Promesse de vente avec tradition et possession actuelle équivaut à vente," il faut entendre qu'une telle promesse, tout en liant celui qui promet assez énergiquement pour que la vente s'ensuive forcément si l'autre partie remplit les conditions du contrat, ne signifie pas néanmoins que telle promesse de vente, est, en droit, la même chose qu'une vente ; telle promesse n'a pas l'effet de transporter le droit de propriété en la personne du stipulant, lorsqu'il appert par les termes du contrat que telle n'a pas été l'intention des parties, mais qu'au contraire elles ont voulu réserver cet effet à un acte postérieur et conserver le droit de propriété en la personne du promettant. Le droit de demander la résolution de la vente, faute de paiement du prix, appartient au vendeur, malgré qu'il ait stipulé comme remède à l'inexécution des conditions de la part de celui qui a promis d'acheter, la revente ou reprise des biens vendus, surtout s'il a stipulé ce remède sans préjudice à tout autre droit. La clause par laquelle le vendeur se réserve le droit de " se faire remettre, reprendre et revendiquer," n'est rien autre que le pacte commissoire. La position du prometteur n'est sous ce rapport nullement changée par la faillite de celui à qui il a promis de vendre.

---

15 *Low. C. J., p.* 118, *Beaudry & Janes.* } Where the plaintiff by an agreement in writing transferred to the defendant a barge to use it and take possession of it at once, but subject to the express condition that such use and possession would give the defendant no right of property in the barge until he should have completed delivery of 500 tons of coal to plaintiff, according as the latter would require it, and the barge was lost by *force majeure* without fault of the defendant before the coal was all delivered, though after the time mentioned in the agreement within which it was deliverable: these circumstances did not take the case out of the ordinary rule *res perit domino ;* the loss of the barge fell

on the plaintiff as owner, and the defendant was not bound to complete delivery of the coal.

---

16 *Low. C. J., p.* 309, *Thomas* & *Aylen.* } In the case of an agreement (before our Civil Code) by A. B. to purchase from C. D. a lot of land for a specified sum, to be paid by instalments, followed by a bond from C. D. in a penal sum, to the effect that, on the purchase money being fully paid, C. D. would execute a deed of sale in due form, and followed also by actual and uninterrupted possession, by A. B.; the right of property of C. D. in the lot of land was unaffected, so long as any portion of the purchase money remained unpaid and, therefore, C. D. had a right to be collocated for such unpaid purchase money, in the distribution of the proceeds of a sale of the lot by the sheriff, in preference to duly registered judgments obtained by creditors of A. B. against him, while in possession of the lot, — and this, without any registration either of the agreement or of the bond.

---

1 *Rev. de Lég., p.* 709, *Dubrule & Lafontaine.* } L'appelant ayant obtenu une promesse de vente de l'agent publiquement reconnu d'une compagnie faisant le commerce de propriétés immobilières, et ayant pris possession du terrain, ne peut être dépossédé par cette compagnie, sans aucune raison valable.

---

4 *Déc. de Québec, p.* 244, *Noël* & *Laverdière.* } A condition in a promise of sale, that although followed by possession, it should not be equivalent to a sale, held valid.

[ARTICLE 1479.]

1479. Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur, à moins d'une stipulation contraire.

1479. The expense of the title deed and other accessories to a sale is borne by the buyer, unless it is otherwise stipulated.

---

* *C. N.* 1593. } Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur.

---

* *Cod. Louis., art.* 2441. } Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acquéreur, si le contraire n'a été convenu.

---

* *Cod. Cant. de Vaud, art.* 1123, semblable au *C. N.* 1593.

Voy. autorités sur art. 1153.

---

1 *Revue Légale, Beauchéne vs. Pacaud, Jugt.* 21 *avril* 1869, *Dt. d'Arthabaska, Polette, J.* } Jugé : — Que le créancier qui a obtenu un jugement contre son débiteur a droit de faire enregistrer ce jugement aux frais de tel débiteur, qui ne peut exiger de quittance de la dette qu'en remboursant au créancier ce que ce dernier a payé pour faire enregistrer son jugement.

Les notes manuscrites préparées par le savant juge Polette pour motiver son jugement nous dispensent de tout autre commentaire.

L'HON. JUGE POLETTE.

Les faits de la cause sont comme suit :

Le 27 juin 1868, le Défendeur M. Pacaud obtient juge-

ment contre le Demandeur Beauchêne, à la Cour de Circuit, pour $50, intérêt et dépens, et le 11 août suivant il le fait enregistrer avec un avis contenant la désignation d'un immeuble de Beauchêne, au bureau d'enregistrement du comté de Mégantic. Un bref de *fieris facias de bonis* émane contre Beauchêne et celui-ci en empêche l'exécution, en usant de force et de violence, et donne lieu, par là, à l'octroi d'un bref de contrainte par corps contre lui ; mais, en préparant ce bref, on omet de comprendre dans les frais une somme de $3 due à un huissier sur le bref de *fieri facias de bonis*. Beauchêne est emprisonné, paye au shérif les sommes portées au bref de contrainte et est remis en liberté. Beauchêne désirant faire radier l'hypothèque dont l'enregistrement grevait son immeuble, s'adresse à M. Pacaud pour en obtenir une quittance, mais celui-ci ne la lui accorde qu'en recevant au préalable une somme de $5.25, dont $3 pour frais d'huissier omis dans le bref de contrainte par corps, et $2.25 pour le coût d'enregistrement du jugement et de l'avis. Beauchêne paye ces deux dernières sommes sous protêt et poursuit M. Pacaud pour en être remboursé. M. Pacaud résiste à cette demande, prétendant qu'il n'a reçu que ce qui lui était légitimement dû.

Il ne peut pas y avoir de question par rapport aux $3 qui étaient dues. De ce que M. Pacaud a omis de les faire inclure dans le bref de contrainte, il ne s'ensuit pas qu'il doive les perdre. Il avait droit de les exiger de Beauchêne, et, en les payant, celui-ci ne faisait que s'acquitter de ce qu'il devait légitimement, et il ne peut pas en demander le remboursement.

Une question s'élève au sujet de l'autre somme : celle de $2.25. Qui, du créancier ou du débiteur, doit supporter les frais d'enregistrement d'un jugement, afin d'acquérir hypothèque ?

Notre Code garde le silence sur cette question, et force est à la Cour de recourir aux principes généraux du droit pour la résoudre.

Peut-on assimiler ces frais à ceux d'actes passés pardevant notaires? par qui sont payés ceux-ci ? Y a-t-il analogie entre les uns et les autres ?

L'acquéreur d'un immeuble, le preneur à bail, celui qui consent une obligation, est débiteur du prix de vente, du loyer ou fermage, de l'obligation; l'acquéreur a besoin d'un acte pour s'assurer la propriété qu'il acquiert; le preneur n'obtiendrait pas l'objet loué sans un bail ; le débiteur ne trouverait pas à emprunter, à acheter des effets, s'il ne consentait une obligation au prêteur, à celui qui lui vend, ni d'extension de délai s'il ne donnait un tel acte pour ce qu'il a déjà emprunté, acheté. C'est donc à l'acquéreur que l'acte est le plus utile, au débiteur que l'acte profite le plus, puisque, sans cet acte, il n'aurait pas eu d'emprunt, d'effets, d'extension de délai. Aussi, les frais d'actes doivent-ils être à sa charge, non seulement de ceux qui contiennent les conventions, mais encore les frais de payement et des actes de libération. Il y a même raison de décider à l'égard de ceux d'enregistrement. L'acquéreur a intérêt que son acte d'acquisition soit enregistré ; le débiteur sait que son obligation le sera aussi, et il s'y soumet. L'enregistrement est la suite de l'acte, il en est comme le complément : c'est donc à celui qui paye les frais de l'acte à acquitter ceux de son enregistrement.

" En général, les frais occasionnés par les actes sont à la charge de celle des parties à qui la convention doit profiter, ou dans les mains de qui elle doit former un titre utile : ainsi, d'après le Code civil, les frais de quittance sont à la charge de la partie qui se libère; les frais de vente sont à la charge de l'acheteur ; ceux d'un bail à la charge du preneur, etc., c'est en suivant le même principe que la loi du 22 Frimaire an 7, article 31, dispose que les droits des actes emportant *obligation*, *libération* ou translation de propriété ou d'usufruit de meubles et d'immeubles, seront supportés par les débiteurs ou nouveaux possesseurs. ...."

5 Rolland de Villargues, Dictionnaire du Droit Civil, Vo. Honoraires, Sect. 5, p. 83, No. 208.

Pothier, obligations, No. 550 ; 2 Poujol, obligations, ch. 5, No. 13, pp. 84-85.

Teulet, D'Anvilliers et Sulpicy, Codes annotés, pp. 406, 408, art. 1248 du Code Napoléon, et no. 18.

3 Larombière, Obligations, pp. 172, 173, sur l'art. 1248 du Code Napoléon, no. 1.

Maleville, vol. 3, p. 308, rapporte l'article 1593 du Code Napoléon, lequel est en ces termes : " Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acquéreur ;" et il ajoute : " conforme à l'usage," — c'est donc de droit ancien.

C'est en suivant le même principe, que la Coutume de Paris obligeait l'acquéreur de fief de payer le quint du prix [article 23], et l'acquéreur d'héritage en censive, de payer les lods et ventes au seigneur. [Article 78.]

Notre Code Civil contient aussi quelques dispositions relatives aux frais d'actes. Article 1479. " Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur, à moins d'une stipulation contraire." C'est l'article 1593 du Code Napoléon, avec la dernière partie de plus.

Article 1153.—" Les frais de payement sont à la charge du débiteur."

L'article 2148, dernier alinéa, est en ces termes : " Le créancier est tenu de voir à ce que la quittance soit enregistrée et est responsable de tous frais qui peuvent résulter du défaut d'enregistrement, et il ne peut être tenu de donner quittance, s'il ne lui est mis en main une somme suffisante pour acquitter les frais d'enregistrement et de transmission."

Cet article, qui ne parle que des frais d'enregistrement de la quittance, ne peut pas être considéré comme exemptant, même indirectement, le débiteur de payer ceux d'enregistrement de l'acte qui crée l'hypothèque. Il n'est là que pour protéger les autres créanciers du débiteur commun, en leur donnant droit de se faire payer des frais qu'ils seraient obligés de faire pour contester la collocation du créancier payé qui aurait négligé de faire enregistrer la quittance.

C'est la reproduction d'une des dispositions de l'acte 27, 28 Vic., chap. 40, sec. 4, § 3.

La question doit être aussi examinée à un autre point de vue.

Tout créancier a droit de poursuivre son débiteur négligent pour s'en faire payer, et de recouvrer ses frais d'action. Le jugement qu'il obtient lui serait souvent inutile, si la loi ne lui donnait pas hypothèque sur les biens de son débiteur, en le faisant enregistrer. Mais qui payera les frais d'enregistrement ? Ces frais ne sont-ils pas une suite de ceux d'action et aussi nécessaires la plupart du temps ? C'est bien le débiteur qui les a occasionnés en négligeant de s'acquitter : pourquoi serait-il responsable des uns et exempt des autres ? Est-ce que la loi ne donne pas au créancier tous les moyens légitimes de se faire payer, non seulement de sa créance, mais encore de tous les frais qu'il est obligé de faire pour y parvenir ? Et si l'enregistrement est un de ces moyens, quelle raison y a-t-il de lui en refuser les frais ? Il ne fait pas d'injustice à son débiteur ; il ne porte pas préjudice aux autres créanciers qui peuvent légalement employer les mêmes moyêns ; il ne fait qu'exercer un droit bien légitime, forcé qu'il y est par le mauvais vouloir, quelquefois même par la malhonnêteté de son débiteur ; il est donc juste que celui-ci en paye les frais, puisque c'est lui qui les occasionne.

Si notre Code civil ne contient pas de disposition spéciale qui accorde les frais d'enregistrement au créancier, il ne lui dénie pas non plus le droit de s'en faire payer par son débiteur ; l'on peut donc invoquer, en faveur de la prétention de M. Pacaud, ce principe de justice et d'équité qui ne pouvait pas manquer d'être reconnu par nos lois : que celui qui occasionne des frais doit les payer.

Le Code Napoléon applique ce principe au cas de l'enregistrement, par son article 2155 qui est en ces termes : " Les frais des inscriptions sont à la charge du débiteur, s'il n'y a stipulation contraire ; l'avance en est faite par l'inscrivant, si ce n'est quant aux hypothèques légales, pour l'inscription

desquelles le conservateur a son recours contre le débiteur. Les frais de transcription, qui peut être requise par le vendeur, sont à la charge de l'acquéreur." Cette disposition parut si juste, si équitable aux codificateurs français, qu'elle ne souleva pas de discussion, comme nous l'apprend Locré, Législation Civile, etc., vol. 16, p. 79, en disant : " Cet article (2155) n'a donné lieu à aucune observation."

Aussi les auteurs qui ont écrit sur cet article sont-ils d'accord à dire qu'il est fondé sur ce principe de justice que celui qui occasionne des frais doit les payer. S'il y a différence d'opinion entre eux, ce n'est que sur la question : Si le créancier a, pour ces frais, le même privilége, la même hypothèque que pour le capital ; les uns disent que, pour assurer cet avantage, leur montant doit figurer dans l'inscription, sans quoi ils entrent dans la classe des créances chirographaires, tandis que les autres soutiennent que le privilége, l'hypothèque est conservé par l'inscription même pour le capital de la créance. Mais cette question est sans intérêt dans la cause.

" Notre article [2155] décide quel est celui du débiteur ou des créanciers qui doit les frais d'inscription. *La Justice veut que ce soit sur le débiteur qu'ils retombent*, à moins de stipulations contraires. *C'est toujours lui qui est la cause que le créancier se trouve dans la nécessité de prendre inscription. En droit, il est de principe que les frais sont à la charge de ceux qui les occasionnent.*"

3 Troplong, Priviléges et Hypothèques, pp. 262, 263, No. 729.

" La loi met ici à la charge de celui qui les occasionne les frais de l'inscription. *En définitive, c'est le débiteur qui a donné lieu à ces frais* par la nécessité où il a été de fortifier sa solvabilité personnelle par une sûreté réelle sans laquelle le créancier n'aurait pas consenti à traiter. Le débiteur supportera donc les frais...."

2 Paul Pont, Hypothèques, p. 985, no. 1065.

" *Comme c'est le débiteur qui occasionne les frais d'inscrip-*

tion, ces frais sont à sa charge, à moins de stipulation contraire ; l'avance en est faite par l'inscrivant..."

20 Duranton, p. 226, No. 143.

"Il en est de ces frais [ceux d'inscription] comme de ceux faits pour obtenir jugement. Quoique la loi ne leur accorde nommément aucune hypothèque, personne n'a jamais douté qu'ils ne fussent mis au même rang que la créance pour laquelle ils avaient été faits."

2 Persil, Régime hypothécaire, page 114.

Il répète la même chose, dans ses *Questions sur les priviléges et hypothèques,* Vol. 1, pp. 363, 364.

Voir encore :

Despréaux, Dictionnaire général des Hypothèques, v. Inscriptions, p. 422, No. 12.

1 Sirey, Codes annotés, p. 996, sur l'article 2155 du Code Napoléon.

3 Battur, Priviléges et hypothèques, No. 453, pp. 449, 450.

1 Flandin, Transcription, pp. 582, 583, No. 806.

1 Mourlon, Transcription, p. 604, No. 361.

Pour tous ces motifs, Beauchêne doit être débouté de son action. Il n'a payé que ce qu'il devait.

Jugement déboutant le Demandeur de son action avec dépens.

---

* 6 *Marcadé, sur art.* 1593 *C. N.* } I. — L'acte de vente étant nécessaire à l'acheteur pour avoir, au besoin, le moyen de prouver la propriété qu'il acquiert, c'est donc à lui, tout naturellement, de payer les différents frais d'enregistrement, de transcription, d'honoraires de notaire et autres que nécessite la rédaction régulière de l'acte. Il doit aussi payer, par une raison semblable, les frais de purge destinés à lui procurer une pleine sécurité. Enfin, la position respective des contractants, dont l'un entend se procurer de l'argent, tandis que l'autre consent à en débourser, a fait admettre aussi, comme présomption de la volonté des parties, que c'est à l'acheteur

de payer également les autres frais, tels que ceux de visite de lieux, d'arpentage, etc., que la vente peut occasionner.

Mais il va sans dire qu'il en serait autrement, s'il y avait convention contraire. Il est évident aussi que l'acheteur pourrait répéter les frais de purge contre le vendeur, si celui-ci l'avait trompé en lui présentant l'immeuble comme libre d'hypothèques. Enfin, notre article n'ayant pour objet que de régler les rapports des deux parties l'une envers l'autre, le notaire, que cette règle ne saurait concerner, peut, puisqu'il est le mandataire des deux parties, se faire payer de ses honoraires ou déboursés par le vendeur aussi bien que par l'acheteur, sauf le recours du premier. Il a ce droit d'agir contre celle des parties à qui il juge à propos de s'adresser, alors même que l'acte par lui dressé explique que telle partie payera seule les frais et honoraires ; car cette convention n'est également faite qu'entre l'une et l'autre partie, non entre les parties et le notaire.

1480. Les articles de ce titre, en autant qu'ils affectent les droits des tiers, sont sujets aux modifications et restrictions spéciales contenues au titre *De l'Enregistrement des Droits Réels.*

1480. The articles of this title, in so far as they affect the rights of third persons, are subject to the special modifications and restrictions contained in the title *Of Registration of Real Rights.*

1481. Les cabaretiers et autres qui vendent des liqueurs enivrantes pour être bues sur le lieu à d'autres que des voyageurs, n'ont pas d'action pour le prix de ces liqueurs.

1481. Tavern-keepers, or others, selling to persons other than travellers, intoxicating liquors to be drunk on the spot, have no action for the recovery of the price of such liquors.

5 *Low. Ca. Jurist, p.* 337, *Mercier vs Brillon.* } Jugé :—La valeur des boissons vendues aux voyageurs qui séjournent dans un hôtel est recouvrable en justice.

---

7 *Revue Légale, p.* 183, *Bergeron et Bleury, Sorel* 1874, *Loranger, J.* } Il n'y a pas d'action pour le prix des liqueurs enivrantes, vendues par des cabaretiers pour être bues sur le lieu, à d'autres qu'à des voyageurs, même lorsque le débiteur a reconnu la dette dont la nature n'est pas changée par la reconnaissance.

---

17 *Low. Ca. Jurist, p.* 176, *Johnson vs Drummond.* } The supply of refreshments to a gang of men collected during an election of a representative to the Commons of Canada, to be used in case of an emergency, gives rise to no action at law for payment of the refreshments.

---

* *Cout. de Paris, art.* 128. } N'ont les taverniers et cabaretiers aucune action pour vin, ou autres choses par eux vendues en détail par assiette en leurs maisons.

---

* *Cout. d'Orléans, art.* 267. } N'ont les taverniers et cabaretiers aucune action pour vin ou autre chose par eux vendue en détail par assiette en leurs maisons.

---

* 1 *Laurière, sur art.* 128, *Cout. de Paris.* } Notre coutume en cet article, a dénié toute action aux taverniers et cabaretiers, pour vin et autres choses vendues par assiette en leurs maisons ; ensorte qu'ils ne peuvent faire aucune demande de ce qui leur est ainsi dû, et ils ne peuvent pas même exiger valablement des obligations et cédules pour dettes ainsi contractées ; et la cour par arrêt du 17 décembre

1584, remarqué par les commentateurs, déclara nulle une cédule faite par un habitant d'un lieu au profit d'un cabaretier, pour dépense de bouche faite en sa taverne. La coutume d'Estampes en l'article 154 défend expressément aux hôteliers, cabaretiers et taverniers de prendre cédules et obligations des habitans des lieux, pour telle cause.

De cet article il s'ensuit, que les cabaretiers ne peuvent pas déférer le serment à ceux qui leur doivent pour la cause contenue en cet article ; car pour déférer le serment il faut avoir droit de poursuivre et d'intenter action, le serment ne se déférant qu'en conséquence de l'action et en défaut de preuve.

---

* 2 *Guyot*, *Rép.*, *v° Cabaretier*, *p.* 575, 576. } CABARETIER. C'est celui qui tient une maison où l'on donne à boire et à manger à toutes sortes de personnes pour de l'argent.

Si les réglemens rendus sur cette matière étoient observés à la lettre, les Cabaretiers ne recevroient chez eux aucun habitant de l'endroit pour lui donner à boire et à manger ; ils se contenteroient de débiter leurs denrées à ceux qui voudroient les consommer dans leur famille. L'article 25 de l'ordonnance d'Orléans " fait défenses aux domiciliés, à ceux " qui sont mariés et ont ménage, d'aller boire et manger ès " tavernes ou cabarets ; et aux taverniers ou Cabaretiers de " les y recevoir, à peine d'amende pour la première fois, et " de prison pour la seconde."

Quoique cette disposition de l'ordonnance soit très-sage, elle ne s'exécute point à la rigueur, surtout depuis que les droits d'aides sur le vin sont établis ; on exige seulement que les Cabaretiers ne donnent ni à boire ni à manger les jours de dimanche et de fête pendant le service divin, c'est-à-dire suivant une déclaration du roi du 16 décembre 1698, pendant la grand'messe et les vêpres : mais la jurisprudence, pour les rendre plus difficiles à recevoir chez eux des personnes domiciliées dans le lieu, leur a interdit toute action pour deman-

der en justice le payement de la dépense faite dans leurs cabarets. L'article 128 de la coutume de Paris contient une disposition qui forme à cet égard le droit commun : au reste, cette loi ne s'applique point aux festins qui se donnent chez des Cabaretiers dans certaines occasions, sur-tout parmi les gens de campagne et les gens du peuple, lorsqu'il s'agit de nôces, d'enterremens, etc. ce sont en quelque façon des repas de nécessité et de bienséance que fort souvent de simples particuliers ne pourroient pas donner aussi facilement chez eux que dans des cabarets ; c'est pourquoi il a paru juste de conserver aux Cabaretiers leur action pour le payement de ces sortes de dépenses ; mais ces occasions à part, il seroit contraire au bon ordre de les écouter pour d'autres dépenses faites chez eux sans nécessité.

Un arrêt du parlement de Dijon, rendu sur la requête du procureur général, le 12 janvier 1718, déclare nulles les obligations passées pour dépenses faites dans les cabarets, et fait défenses aux juges d'y avoir égard.

---

* 2 *Nouveau Denizart*, *v° Aubergiste*, § IV. } § IV. 1. La destination primitive des auberges étant différente de celle des cabarets, on en a mis aussi entre ces deux professions, dans l'exercice des actions qui appartiennent aux maîtres pour raison de ce qui leur est dû. Les auberges sont un asyle nécessaire aux voyageurs ; les cabarets au contraire, moyens ordinaires de débauche, ne sont que tolérés. Telle est sans doute la raison qui a fait donner aux aubergistes et hôteliers, un privilége qui est refusé aux cabaretiers, par l'article 128 de la coutume de Paris. Voyez le mot *Cabaret*.

Le privilége des aubergistes est établi par l'article 175 de la coutume de Paris en ces termes. " Dépens d'hôtelage, livrés par hôtes à pelerins ou à leurs chevaux, sont privilégiés, et viennent à préférer devant tout autre sur les biens et chevaux hôtelés ; et les peut, l'hôtelier, retenir jusqu'à paye-

ment ; et si aucun autre créancier les vouloit enlever, l'hôtelier a juste cause de soi opposer."

Le même privilége est établi par les coutumes de Calais, *art.* 243 ; Melun, 328 ; Estampes, 154 ; Monfort, 180 ; Mantes, 188 ; Rheims, 395 ; Berry, *tit.* 9, *art.* 20 ; Bourbonnois, *art.* 135 ; la Salle-de-Lille, *tit.* 22, *art.* 11.

Mais comme la plupart des aubergistes font en même temps le métier de cabaretier, le privilége cesse pour la dépense faite en leurs maisons par les domiciliés. C'est ce qui résulte de la coutume de Paris, qui ne l'accorde que vis-à-vis des *pélerins* ou non-domiciliés. Telle est aussi la disposition de la coutume de Melun, *art.* 327. " Hôteliers, taverniers, cabaretiers demeurans ès villes, fauxbourgs et villages des baillages et prevôté de Melun, ne peuvent, pour la dépense faite en leurs maisons, hôteleries et tavernes, par les habitans des lieux où ils tiennent leursdites hôteleries et tavernes, arrêter ceux qui auront fait ladite dépense, ne les gager, prendre cédules, brevets, ne obligations volontaires, ne par contraintes."

2. Par arrêt du 27 mars 1736, rendu entre M. Jean-Etienne Thomassin, marquis de Saint-Paul, président à mortier du parlement d'Aix, héritiers bénéficiaire de Lazare Thomassin, marquis de Saint-Paul, et Vincent Lejacquois, aubergiste tenant chambre garnies ; la cour a jugé que cet aubergiste, porteur d'un billet de dix-huit cens livres causé pour nourritures et logemens fournis au marquis de Saint-Paul qui avoit souscrit le billet, et qui étoit mort dans la maison, avoit privilége sur l'argent comptant trouvés après son décès. *Plaidoyeries*, *fol.* 395, *verso.*

---

* 4 *Nouveau Denizart*, *v*° *Cabaret* § II. } 16. La plupart des coutumes se sont accordées à refuser toute action aux cabaretiers, pour vin et autres choses vendues par eux en détail, par assiette, en leurs maisons. C'est la disposition de l'article 128 de la coutume de Paris, qui forme à cet égard

le droit commun dans les coutumes muettes. C'est aussi la disposition des coutumes de Calais, *art.* 217; de Dourdan, *art.* 148; d'Orléans, *art.* 267; de Normandie, *art.* 127. Ces loix ne s'observent pas toujours à la rigueur. Suivant l'usage du châtelet, il faut que le défendeur soutienne qu'il n'a pas fait la consommation, et l'usage est d'admettre son affirmation.

L'article 4 de l'édit du duc Léopold, déja cité, enjoint à tous juges de déclarer nulles, toutes promesses, arrêtés de compte, contrats et obligations causées pour dépense de bouche, au profit des taverniers et cabaretiers, quand même il y auroit autre cause mêlée, comme argent prêté, vente de grains et autres denrées, outre l'amende à laquelle les taverniers seront condamnés, le tout suivant la qualité du fait et des personnes; comme aussi leur enjoint de dénier toute action en justice, pour crédits et écots faits en leurs cabarets, dans les cas exprimés aux précédens articles, soient qu'ils aient des livres journaux ou non. Voyez § II, nº 3.

17. Au surplus, il ne faut pas confondre les créances des cabaretiers avec celles des aubergistes, ni conséquemment avec celles des cabaretiers-aubergistes. Les principes à cet égard, sont ceux que nous avons exposés au mot *Aubergiste*, § IV, *nº* 1, *tom.* II, *pag.* 617.

Il ne faut pas non plus confondre les créances des cabaretiers pour vin et autres choses vendues chez eux, par assiette, avec leurs créances pour raison de vin livré aux domiciliés, qui l'emportent pour le boire en leurs maisons. La même raison ne milite plus alors contre les cabaretiers, et cette créance n'a rien de défavorable. Les cabaretiers ne sont dans ce cas que simples marchands ou vendans de vin, et le sort de cette créance se trouve fixé par l'article 8 du titre I de l'ordonnance du mois de mars 1673, qui leur accorde six mois pour former leur action; telle est en effet la jurisprudence à cet égard, à moins que la coutume des lieux n'ait réduit le délai.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DE LA CAPACITÉ D'ACHETER OU DE VENDRE.

1482. La capacité d'acheter ou de vendre est déterminée par les règles générales concernant la capacité de contracter contenues dans le premier chapitre du titre *Des Obligations.*

CHAPTER SECOND.

OF THE CAPACITY TO BUY OR SELL.

1482. The capacity to buy or sell is governed by the general rules, relating to the capacity to contract, contained in chapter first, of the title *Of Obligations.*

---

* *C. N.* 1594. } Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre.

---

* 6 *Marcadé, sur art.* 1594 *C. N.* } I.—La capacité d'acheter et de vendre est la règle, l'incapacité est l'exception. L'incapacité est, pour certaines personnes, générale et commune au contrat de vente et aux autres contrats ; pour d'autres elle est spéciale au contrat qui nous occupe ici.— Les personnes généralement incapables de contracter, et par conséquent d'acheter et de vendre, sont, aux termes de l'art. 1124, les mineurs, les interdits et les femmes mariées, pour lesquels on peut se reporter aux textes qui les concernent, notamment aux art. 217 et 1449 pour les femmes mariées, et surtout, pour les mineurs, à l'art. 1305, où nous établissons que, contrairement aux différents systèmes de Merlin, de M. Demante et de M. Troplong, l'incapacité des mineurs est d'une tout autre nature que celle des femmes mariées et des interdits.— Quant aux incapacités spécialement relatives au contrat de vente, elles vont nous être indiquées par les trois articles qui suivent.

[ARTICLE 1483.]

1483. Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre le mari et la femme.

1483. Husband and wife cannot enter into a contract of sale with each other.

---

* *C. N.* 1595. } Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants :

1° Celui où l'un des deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en payement de ses droits ;

2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté ;

3° Celui où la femme cède des biens à son mari en payement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté ;

Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect.

---

* *Cod. Cant. de Vaud, art.* 1125. } Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux.

Voy. *Remarques des Commissaires* sur cet article; *Pigeau*, cité sur art. 1318 *C. C. B. C.*

---

* *Cod. Proc. civ. B. C., arts.* 982 *et s.* } 982. Lorsque les reprises de la femme consistent en mobilier, le mari peut exiger qu'elle en emploie le montant ou partie en achat d'immeubles.

2 Pigeau, 196.

983. Si le mari abandonne des immeubles à sa femme en paiement des reprises de cette dernière, elle doit poursuivre et obtenir une sentence de ratification de l'acte qui contient

telle stipulation, suivant les formes prescrites dans le chapitre qui précède.

2 Pigeau, 196.

984. Si le montant de la sentence en liquidation des droits de la femme n'est pas payé volontairement, l'exécution forcée a lieu comme dans les cas ordinaires.

Néanmoins le mari peut contraindre sa femme à recevoir en paiement des immeubles, sur estimation par experts, pourvu que ces immeubles soient convenables et ne rendent pas la condition de la femme désavantageuse.

2 Pigeau, 196.

---

* 2 *Pigeau, Proc. civ.*, *p.* 196. } Quelsque soient les biens que le mari abandonne à sa femme, elle doit faire purger les hypothèques, sinon elle pourrait être poursuivie par les créanciers hypothécaires du mari : si ceux-ci trouvent que les immeubles valent moins que la somme pour laquelle ils ont été abandonnés, ils peuvent surenchérir en la forme expliquée au mot ratification.

---

15 *Low. Ca. Jurist*, *p.* 72, *Legault*, *appel. et Bourque*, *int.*, *Cour d'appel*, *Montréal*, 1870. } Jugé : Qu'un acte authentique passé entre les époux et fait de bonne foi et pour valable considération en paiement de reprises matrimoniales dues à la femme en vertu d'un jugement en séparation ; est un acte valide et légal.

---

* 7 *Pothier* (*Bugnet*), *Don. entre mari et femme*, *n*° 78 *et s.* } 78. Le droit romain ne défendait pas à des conjoints par mariage de faire ensemble, pendant le mariage, tous les contrats qu'ils jugeaient à propos de faire, pourvu qu'ils ne renfermassent aucun avantage qui fût fait à l'un d'eux aux dépens de l'autre, et que l'égalité y fût exactement observée.

A l'égard de ceux qui renfermaient quelque avantage fait

à l'un des conjoints aux dépens de l'autre, les jurisconsultes romains faisaient une distinction entre ceux qui étaient simulés, et ceux qui, sans être simulés, renfermaient quelque avantage.

Ceux qui étaient simulés, qui n'étaient faits que pour couvrir et déguiser une donation que l'un des conjoints voulait faire à l'autre, étaient déclarés nuls; les autres étaient valables. On réformait seulement l'avantage prohibé qu'ils renfermaient, en obligeant celui au profit de qui il était fait, à suppléer le juste prix.

Pomponius nous donne un exemple de cette distinction, en la loi 5, § 5, ff. *de Donat. inter vir. et ux. Neratius* (*dicit*) *venditionem donationis causâ inter virum et uxorem factam nullius esse momenti; si modo quum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus si ut donaret; enim vero si, quum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenùs non valere quatenùs facta est locupletior.*

Observez que le jurisconsulte ne déclare pas la remise qui a été faite d'une partie du juste prix, entièrement nulle, mais seulement *quatenùs facta est locupletior: Itaque*, ajoute-t-il, *si res quindecim væniit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantùm præstanda sunt, quia in hoc locupletior videtur facta.* Dans cette espèce, quoique le mari ait fait une remise de dix écus à la femme sur le prix de la chose qu'il lui a vendue, quoiqu'il eût pu avoir ces dix écus de plus d'un étranger à qui il l'aurait vendue; néanmoins la femme à qui cette remise a été faite, au moyen de ce que la chose est diminuée de prix, et ne vaut plus aujourd'hui que dix écus, se trouvant ne profiter que de cinq écus, la chose ne valant plus que cinq écus de plus qu'elle ne l'a achetée, elle n'est pas obligée de rendre la somme entière de dix écus dont on lui a fait remise, mais seulement cinq écus, qui est la somme dont elle profite de cette remise. Cela est conforme à ce principe du droit romain, tiré de la loi 5, § 16, rapporté ci-dessus, nº 70, que les avantages directs ou indirects que l'un des conjoints fait

à l'autre, ne sont pas nuls pour tout ce qu'a donné celui qui a fait l'avantage, et pour tout ce qu'il lui en a coûté, mais seulement jusqu'à concurrence de ce que celui à qui l'avantage a été fait, en a profité.

La vente d'une chose que l'un des conjoints avait faite à l'autre, n'était pas non plus réputée avantage indirect et prohibé, par cela seul qu'elle était faite à vil prix, lorsqu'il ne paraissait pas de dessein d'avantager ; la vente n'ayant été faite à vil prix que faute de trouver des acheteurs qui en donnassent davantage : *Sinè dubio*, dit Pomponius, *licet à viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi;* L. 31, § 3, ff. *eod. tit.*

Notre droit français a été beaucoup plus attentif à prévenir tous les avantages indirects que des conjoints par mariage pourraient se faire, par les différentes espèces de contrats qui interviendraient entre eux pendant leur mariage, par lesquels ils transporteraient l'un à l'autre quelque chose de leurs biens.* Quelques coutumes s'en sont expliquées. La coutume de Normandie, chap. 15, art. 410, dit : " Gens mariés ne " peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque " chose que ce soit, ni *faire contrats* ou confessions, par les- " quels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou partie." Celle de Nivernais, chap. 23, art. 27, dit : " Gens mariés, " constant leur mariage, ne peuvent *contracter* au profit de " l'un de l'autre." *V.* Bourbonnais, ch. 10, art. 226.

Cela a pareillement lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées : c'est pourquoi Dumoulin, sur l'article 156 de l'ancienne coutume de Paris, n° 5, pose pour maxime, que des conjoints par mariage ne peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat entre eux sans nécessité : *Nullum contractum etiam reciprocum facere possunt, nisi ex necessitate.*

Suivant ces principes, des conjoints par mariage ne peuvent pas, pendant leur mariage, établir entre eux une communauté de biens, non-seulement dans le cas auquel leur contrat de mariage porterait une exclusion de communauté ; parce que ce serait déroger à une convention du contrat de mariage,

qui doit être invariable ; mais même dans le cas où des conjoints domiciliés sous une coutume qui n'admet pas la communauté, se seraient mariés sans contrat de mariage.

C'est suivant ces mêmes principes que Dumoulin, au lieu ci-dessus cité, n° 4, décide que le mari ne peut pas, pendant le mariage, vendre à sa femme son héritage propre, ni en faire un conquêt, à la charge que la femme lui en paierait le prix pour la part qu'elle aura comme commune : *An possit maritus justo pretio vendere (uxori) quod domus propria viri erit communis...... Respondi; Non.*

79. On peut apporter une infinité d'exemples de faits qui renferment de ces avantages indirects.

Une première espèce d'avantage indirect qu'un mari fait assez souvent à sa femme pendant le mariage, est l'acte par lequel il reconnaît avoir reçu d'elle plus qu'il n'a effectivement reçu.

Finge. Des futurs époux ont, par leur contrat de mariage, promis apporter chacun 10,000 livres à la communauté, et ont réservé propre le surplus, ensemble tout ce qui leur écherrait par succession ; il est dit : *En cas de renonciation à la communauté, la femme reprendra ce qu'elle y a apporté.* Le mobilier que la femme avait lorsqu'elle s'est mariée, avec celui qu'elle a eu depuis de succession, ne montait qu'à 20,000 livres. Par des états enflés qui en ont été faits pendant le mariage, qui ont été signés et reconnus véritables par le mari, on le fait monter à 50,000 livres. C'est un avantage indirect que le mari fait par cette reconnaissance à sa femme d'une somme de 30,000 livres, dans le cas auquel elle renoncerait à la communauté, et de 15,000 livres seulement, au cas qu'elle l'accepte ; parce qu'elle fait en ce cas, confusion sur elle de la moitié de la somme qu'elle a reprise.

80. Un mari fait un avantage indirect à sa femme, non-seulement en enflant l'état du mobilier de sa femme, mais aussi en diminuant le sien. Par exemple, si, en retenant la même espèce, le mari dont le mobilier réservé propre montait à 50,000 livres, n'en a fait paraître que pour 20,000 livres

dans l'état qu'il en a fait, en omettant d'y comprendre plusieurs effets, et en portant au-dessous de leur juste valeur ceux qui y sont compris, c'est un avantage indirect qu'il fait à sa femme d'une somme de 15,000 livres, lorsqu'elle accepte la communauté : la femme ayant, en ce cas, sa part dans 30,000 livres que les héritiers du mari eussent dû prélever de plus que la somme de 20,000 livres qu'ils ont prélevée. Lorsque la femme a renoncé à la communauté, il n'en résulte aucun avantage.

---

* 12 *Toullier, liv.* 3, *tit.* 5, *n*⁰ 41, *p.* 38 *et s.* } Sous l'ancienne législation, les Coutumes avaient tellement étendu, et l'on avait interprété avec tant de rigueur, les prohibitions faites aux époux de se donner l'un à l'autre pendant le mariage, que la seule crainte qu'on n'éludât cette prohibition, en couvrant quelque avantage indirect sous le voile d'un autre contrat, avait fait défendre entre les conjoints toute espèce de convention ou de contrat, d'où l'un d'eux pût tirer quelque profit.

Ainsi, toute vente, tout échange, toute association entre conjoints, en un mot tout traité, étaient nuls.

L'art. 410 de la Coutume de Normandie portait :

" Gens mariés ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou confessions, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou en partie."

Celle de Nivernais, chap. 23, art. 27, dit : " Gens mariés, constant leur mariage, ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre."

L'art. 226 de celle de Bourbonnais dit que " le mari, durant le mariage, ne peut faire aucune association, donation ou autre contrat avec sa femme...*nec contrà*."

Pothier pense que la disposition de ces Coutumes doit être étendue à celles qui ne s'en sont pas expliquées. C'est aussi l'opinion de Dumoulin sur l'art. 156 de l'ancienne Coutume de Paris, nº 5. Il y pose en principe que les conjoints ne

peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat entre eux sans nécessité, pas même un contrat d'échange : *Nullum contractum, etiam reciprocum, facere possunt, nisi ex necessitate, nee etiam permutare possunt.*

Les conjoints étaient donc véritablement frappés d'une incapacité légale de contracter l'un avec l'autre ; ce qui était d'une injustice manifeste, et contraire au droit naturel, puisque l'union intime que le mariage forme entre eux, ne les empêche pas d'être deux personnes distinctes, tant au physique qu'au moral ; personnes qui ont des biens et des intérêts différens, et la capacité naturelle de les administrer et d'en disposer. Il était véritablement étrange que la femme, qui pouvait faire un commerce séparé de celui de son mari, faire par conséquent société avec un tiers, contracter avec lui, lui vendre les biens provenus de son commerce, ne pût faire aucun contrat avec son mari.

Le Code a rejeté, avec beaucoup de raison, cette injuste incapacité, manifestement incompatible avec la faculté qu'il laisse aux époux, de se donner tout ce dont ils peuvent disposer en faveur d'un étranger.

Mais, ne leur ayant accordé cette faculté que sous la condition de révocabilité perpétuelle de leurs dons, il n'a pas dû donner à tous les contrats, aux ventes, par exemple, que l'un des conjoints fait à l'autre, la même stabilité qu'aux contrats faits entre étrangers. L'article 1595 a donc divisé ces contrats de vente en deux classes :

La première comprend toutes celles qui ont une cause légitime et connue ; il en donne pour exemples celles qu'après la séparation judiciairement prononcée, l'un des époux fait à l'autre en paiement de ses droits ;

2° Celles que le mari fait à sa femme, même non séparée, pour une cause légitime et connue ; par exemple, pour le remploi de ses propres aliénés, ou pour collocation de deniers à elle appartenant, qui n'entraient point en communauté ; comme si la femme achète une terre de son mari, avec une

somme économisée sur les produits de ses biens paraphernaux ;

3° Celles que la femme mariée sous le régime dotal fait à son mari, en paiement de la somme qu'elle lui avait promise en dot; ou si, sans être soumise au régime dotal, elle s'est mariée avec la clause de séparation de biens, et a promis à son mari, pour soutenir les charges du mariage, une somme capitale en paiement de laquelle elle lui cède des biens.

Dans tous ces cas, la cause de la vente, en la supposant vraie, est tellement légitime, qu'elle peut avoir quelquefois le caractère d'un paiement forcé. Ainsi, dans tous ces cas, la vente a la même force qu'entre étrangers, et ne peut être attaquée que pour les mêmes vices qui pourraient faire annuler ou résoudre les ventes ordinaires. Il paraît seulement que le temps de la prescription pour demander la rescision ne courrait point pendant le mariage. Argum. art. 2256.

Mais si, dans les trois cas dont on vient de parler, la vente, quoiqu'elle ait une cause légitime et connue, couvrait un avantage indirect, supérieur à la portion disponible, les héritiers de l'autre époux pourraient former l'action en réduction. C'est le sens de la disposition finale de l'article : " Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect."

Quant aux ventes entre époux, qui ne se trouveraient point dans l'un des trois cas ci-dessus, c'est-à-dire qui n'ont pas de cause légitime apparente, par exemple, celle que sous la communauté légale le mari ferait à sa femme, à laquelle il ne doit aucun remploi ni aucune somme exclue de la communauté, d'un immeuble pour une somme de..., sans en indiquer l'origine, laquelle somme il a reçue comptant de son épouse, une pareille vente serait réputée donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente. Ainsi, loin d'avoir la force d'une vente faite entre étrangers, elle serait soumise à la révocabilité prononcée par l'art. 1096, contre les dons entre vifs faits entre époux : cette vente conserverait toute sa force, si le mari ne la révoquait point avant sa mort, parce

que la jurisprudence a consacré la validité des donations déguisées sous la forme d'un autre contrat.

Ainsi une telle vente n'est pas nulle ; car il faut bien remarquer que l'art. 1595 ne la déclare pas telle. Il se borne à dire que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivans, dont nous venons de parler. Il ne dit pas qu'il soit nul dans les autres cas. Ici donc encore s'applique la maxime que nous avons expliquée *suprà*, que les nullités ne peuvent être établies que par la loi ; que le juge ne peut les suppléer ; en un mot, que la loi seule a le droit de les prononcer. L'application de cette maxime à notre art. 1595 devient évidente, quand on compare sa rédaction avec celle des deux articles suivans.

---

* 6 *Marcadé, sur art.* 1595 *C. N.* } I.—Nos anciennes coutumes prohibaient généralement entre époux toute espèce de contrat. Le Code, en se gardant bien de reproduire cette excessive sévérité, interdit entre époux, du moins en principe, le contrat de vente, pour trois raisons que signalent les divers auteurs. Permettre la vente aux époux entre eux, c'eût été leur donner un moyen facile : 1º de se faire des libéralités considérables par des ventes simulées, dont les héritiers n'auraient pas toujours été en mesure de prouver la vraie nature ; 2º d'imprimer à ces libéralités l'irrévocabilité que la loi a cru devoir leur refuser (art. 1096) ; 3º enfin de frauder leurs créanciers en faisant passer les biens de l'époux débiteur à son conjoint. Les époux sont donc, en principe, déclarés incapables d'acheter et de vendre l'un envers l'autre.

Mais ce principe reçoit trois exceptions : la loi, dans trois cas que nous allons successivement examiner, permet aux époux de se consentir des ventes, ou plutôt des dations en payement, car on va voir que, dans les trois cas, l'aliénation n'est permise que comme moyen de libération d'un époux envers l'autre.

Le premier cas d'exception est celui où l'un des époux,

après un jugement de séparation de biens, et quand il est constitué débiteur envers l'autre par la liquidation, cède des biens à celui-ci en payement de ce qu'il lui doit. Il importe peu que la cession soit faite par le mari à la femme ou par la femme au mari ; il importe peu aussi que les époux fussent mariés en communauté, ou sous l'exclusion de communauté, ou sous le régime dotal ; la loi ne distingue pas, et du moment qu'il y a eu jugement de séparation, que la liquidation laisse l'un des époux débiteur envers l'autre, celui-ci peut recevoir en payement les biens du premier.

II.—Le Code déroge en second lieu à sa prohibition, dans le cas où il s'agit d'une cession à faire par le mari à la femme, soit pour le remploi des deniers propres de celle-ci ou de ses immeubles propres aliénés, soit pour une autre cause analogue à celle-ci.

Nous disons d'abord qu'il ne s'agit que de la cession du mari à la femme et non de celle de la femme au mari : la loi, en effet, dans ce second cas, et à la différence de ce qu'elle fait pour le premier, ne parle que de la cession faite par le mari, et comme la disposition est exceptionnelle, on ne peut pas l'étendre au delà de ses termes : le législateur a sans doute pensé que, pour ce second cas (qui ne prévoit pas, comme le premier et le troisième, des circonstances toutes particulières, mais l'état ordinaire et normal des époux), on avait trop lieu de craindre l'influence du mari sur la femme et des aliénations faites à bas prix par celle-ci.

Nous disons ensuite qu'il ne s'agit que de la cession que le mari ferait soit pour le remploi des immeubles ou deniers propres de la femme, soit pour une cause analogue. Et, en effet, s'il est évident, d'une part, que le cas de remploi n'est indiqué par notre article que comme exemple, il est bien démontré aussi, soit par ces mots *une cause légitime* TELLE que le remploi (c'est-à-dire *semblable* ou *analogue* à ce remploi), soit par la comparaison des deux autres exceptions de l'article, que la loi n'entend parler que d'une cession faite alors qu'il existe *une dette* de l'époux envers son conjoint et comme *moyen de*

libération de cette dette. C'est aussi ce qu'enseignent les auteurs qui traitent la question ; et si l'on pouvait douter de la vérité de cette doctrine, on en trouverait une preuve nouvelle et décisive dans cette phrase de l'Exposé des motifs que personne n'a signalée : " Les circonstances dans lesquelles il est permis entre époux de vendre et d'acheter sont celles où le contrat a moins le caractère d'une vente proprement dite que *celui d'un payement forcé* et d'un acte d'administration." On lit également dans le Rapport fait au Corps législatif au nom du Tribunat : " Pourquoi, dans ces trois cas, aurait-on interdit une vente entre époux? *Comme les créances sont légitimes et exigibles*, il serait injuste d'empêcher *une libération* par la voie de la vente." (Fenet, XIV, p. 116 et 191.) C'est donc avec raison que M. Duvergier (nº 179) et M. Devilleneuve (C. N. VIII, 1, 179) critiquent un arrêt de rejet du 23 août 1825, qui reconnaît une cause légitime à la vente qu'un mari avait faite à sa femme d'un immeuble de 20 000 francs, à la charge par celle-ci de payer 3918 francs que le mari devait à des tiers, et de conserver le surplus pour l'entretien des enfants : l'aliénation n'était pas faite pour acquitter une dette du mari envers sa femme, et par conséquent la cause légitime dont la loi parle n'existait pas. Toullier, dès lors, commet aussi une erreur plus grave même (et qu'on s'étonne de ne pas voir relevée aussi, comme celle de l'arrêt de 1825, par son annotateur M. Duvergier) quand il donne comme exemple de cause légitime le cas où la femme achète une terre de son mari, pour placer les économies faites sur ses paraphernaux (XII, 41, 2º). Où voit-on ici l'ombre d'une dation en payement, d'une libération, d'une créance que l'on éteint? En quoi y a-t-il nécessité, utilité même que le mari vende sa terre? Dans le cas de l'arrêt de 1825, on avait du moins pu prendre le change jusqu'à un certain point; on avait pu dire que le mari vendant pour se décharger de son obligation d'entretenir les enfants et de ses dettes envers des tiers, il y avait presque *datio in solutum* (et l'arrêt d'appel, en effet, s'était imaginé que la *datio in solutum* existait). Mais, dans l'hy-

pothèse de Toullier, il n'y a pas même lieu à ce *quiproquo;* on ne manque pas seulement de raison, on manque même de prétexte pour y voir la cause légitime que le Code exige, puisque l'acte n'ayant pas d'autre objet que le placement des économies de la femme, celle-ci peut tout aussi bien les placer en achetant à un tiers qu'en achetant à son mari.

Mais s'il ne faut pas exagérer ainsi la portée de cette exception, il ne faut pas non plus la restreindre arbitrairement. Si donc la Cour de Grenoble a eu raison, dans trois arrêts successifs, de déclarer faite sans cause légitime la vente qu'un mari consent à sa femme en payement de la dot de celle-ci, avant toute séparation de biens (puisque c'est seulement par cette séparation que la dot devient restituable et que la dette du mari devient exigible), elle a eu tort, au contraire, dans le second de ces trois arrêts, d'ajouter à ce premier motif, parfaitement exact, cet autre motif que l'exception qui nous occupe n'est applicable que sous le régime de communauté et non sous le régime dotal. C'est une erreur: *l'exemple* que la loi nous donne comme explication de sa règle est bien pris dans la communauté, mais *la règle* n'a rien d'exclusif, et du moment qu'il existe une cause de vente analogue à celle que le texte indique, peu importe sous quel régime la règle est applicable. C'est ce qu'a fort bien jugé la Cour de Bordeaux, en déclarant valable la vente qu'un mari avait faite à sa femme pour la payer du prix de ses biens paraphernaux, par lui aliénés.

Notre seconde exception signifie donc que la vente est valable lorsqu'elle est faite à la femme par le mari, en payement d'une dette actuelle et personnelle de celui-ci envers la femme.

III.—Le troisième et dernier cas d'exception est celui d'une cession faite par la femme au mari en payement d'une somme ou créance qu'elle lui avait promise en dot, et alors qu'il n'y a pas communauté entre eux.

Nous disons d'une somme *ou créance;* car c'est aussi et surtout de ce cas d'une créance sur un tiers promise pour dot

par la femme et qu'on n'arrive pas à recouvrer, que le Code entend parler. Le 3° n'avait même été écrit d'abord que pour ce seul cas, et c'est pour *étendre* la disposition au cas où la femme aurait promis un capital de..., sans dire d'où elle entend le tirer, que l'on substitua plus tard aux mots *créance apportée en dot* les mots plus larges de *somme promise en dot* (Fenet, XIV, p. 5, 22 et 23).

Nous disons ensuite que la disposition s'applique ou peut s'appliquer toutes les fois qu'il n'y a pas communauté entre les époux. Il est vrai que Delvincourt enseigne que l'exception n'est faite que pour le seul cas de régime dotal. Il en donne pour raison que, d'une part, le cas de communauté n'ayant pu être exclu que parce que, sous ce régime, tous les biens de la femme tombent sous la jouissance du mari, la loi a donc entendu exclure aussi le cas de simple exclusion de communauté, où le mari jouit légalement de tous les biens de la femme, et que, d'autre part, la femme n'apportant pas de dot ordinairement dans la séparation de biens, c'est donc uniquement du régime dotal que le Code entend parler. Mais cette doctrine est purement divinatoire et rejetée avec raison par tous les auteurs. Il n'est pas admissible, d'abord, que, soit dans le texte du Code, soit dans les travaux préparatoires, on ait partout employé les mots *exclusion de communauté*, pour signifier *régime dotal*, et pour écarter non-seulement la séparation de biens, mais aussi l'*exclusion de communauté* elle-même ! D'un autre côté, il est, non pas probable, mais parfaitement évident, par l'ensemble de notre article, que la loi ne s'y occupe pas d'une question de simple jouissance, mais de la transmission du bien lui-même, de la propriété de ce bien : c'est évident, puisqu'il ne s'agit que de ventes ou dations en payement. Et, en effet, le mari n'a-t-il pas pu, même sous l'exclusion de communauté, et à plus forte raison en cas de séparation de biens, tenir à recevoir de sa femme une somme dont il aurait (sauf à rendre une somme égale lors de la dissolution du mariage) la pleine et entière disposition ? Et si la femme, dans ce cas, ne peut pas livrer la somme pro-

mise, n'est-il pas juste de lui permettre de livrer un immeuble en payement, au lieu de la contraindre à vendre cet immeuble à un tiers ? La loi ne devait donc écarter, comme elle l'a fait, que le cas de communauté : ce cas devait être écarté, parce que remplacer une somme ou une créance qui tombaient en communauté, et qui se trouvent être *irrécouvrables*, par un immeuble qui ne devait pas y entrer, c'eût été, comme le dit M. Troplong, faire une donation et non plus une vente. La disposition est donc applicable, comme on le reconnaît généralement, à tout régime autre que la communauté.

On s'est demandé si la femme, qui peut ainsi, hors le cas de communauté, livrer un bien au mari en payement de la somme qu'elle lui avait promise par le contrat, pourrait aussi le lui livrer en payement d'une somme qu'elle lui devait antérieurement au mariage. Il faut évidemment répondre négativement, puisque ce cas ne rentre dans aucune des trois exceptions de notre article : on ne suppose pas le cas de séparation judiciaire, comme le veut le 1°; la cession n'est pas à faire par le mari, comme le veut le 2°; enfin, il ne s'agit pas d'une somme promise en dot, comme le demande le 3° : on reste donc sous le principe de la prohibition. Sans doute c'est bien sévère : c'est là un des cas où la dation eût dû être permise, et MM. Regnaud et Jollivet le demandaient formellement lors de la discussion de notre article (Fenet, p. 22 et 23); mais leur demande n'a point été accueillie, et par conséquent la prohibition subsiste, comme l'enseignent M. Troplong (n° 182) et M. Duvergier (n° 182).

IV. — Deux questions nous restent à examiner sur cet article.

L'une est de savoir quel sera le sort des ventes faites entre époux en dehors des trois cas d'exception que l'article admet. Trois systèmes sont ici en présence. Toullier (*loc. cit.*) enseigne que de telles ventes sont à considérer comme constituant des donations entre époux, donations que l'époux aliénateur pourra toujours révoquer (art. 1096) et qui seront réductibles à la quotité disponible sur la demande des héritiers réserva-

taires. M. Troplong (nº 186) et M. Duvergier (nºs 183 et 184) veulent qu'on distingue si l'acte a été fait avec ou sans l'intention de donner : dans le premier cas, ils adoptent le sentiment de Toullier ; dans le second, ils reconnaissent que l'acte doit être annulé. Enfin, M. Duranton (XVI, 153) pense que l'acte est nul dans tous les cas, et telle est aussi la doctrine que consacre la jurisprudence.

C'est, en effet, la seule exacte ; car ou les époux ont entendu faire une véritable vente, ou ils ont voulu faire une donation déguisée ; or il y a nullité dans les deux cas. Si c'est une vente qu'ils ont faite, cette vente est nulle, comme le reconnaissent MM. Troplong et Duvergier, comme faite en dehors des cas où la loi permet ce contrat aux époux. Si c'est une donation déguisée, elle est nulle deux fois pour une. D'une part, en effet, nous avons vu sous l'art. 1099 que la loi distingue les donations déguisées sous la forme d'un acte onéreux d'avec les avantages simplement indirects, et que si les premières sont valables entre étrangers (dans les limites du disponible), elles sont nulles entre époux. D'un autre côté, quand même les donations déguisées sous la forme d'une vente ne seraient pas nulles, entre époux, d'après cet art. 1099, elles le seraient toujours d'après notre article ; car pour que l'acte, qui est une donation au fond, mais une vente quant à la forme, soit valable, il faut, bien entendu, que ceux qui ont fait cet acte aient été capables et de donner et de vendre : l'acte doit être, tout à la fois, conforme aux règles de la donation quant au fond, conforme aux règles de la vente quant à la forme (art. 851, nº IV, *in fine*) ; or c'est ce qui n'a pas lieu ici, puisqu'on suppose un cas où les époux n'ont pas le droit de se faire une vente. En deux mots, l'acte ne peut pas valoir comme ayant la forme d'une donation, puisqu'il ne l'a pas ; il ne peut pas valoir non plus comme ayant la forme d'une vente, puisque la vente était interdite aux parties... Qui ne voit enfin que c'est précisément pour couper court aux mille procès qui se seraient élevés sur le point de savoir si les époux s'étaient fait une vente sincère, ou s'ils n'avaient fait

qu'un acte frauduleux ou simulé, que la loi a pris la précaution de prohiber la vente entre époux ; et que ce serait aller dès lors en sens contraire de la volonté manifeste du législateur, que de ne pas reconnaître, avec la jurisprudence, la nullité d'une pareille vente ?

Du reste, l'acte n'est pas radicalement nul, mais seulement annulable, c'est-à-dire entaché, par l'incapacité des parties, d'un vice qui permet à celles-ci et à leurs ayants cause de le faire briser par la justice. Le délai pour agir serait donc, non pas de trente ans, mais de dix années seulement, aux termes de l'art. 1304 ; mais ces dix années ne courraient qu'à partir de la dissolution du mariage par application de l'art. 2253.

V.—La dernière question est de savoir quel est le sens et la portée du dernier alinéa de notre article, quand il déclare que les trois exceptions apportées à la prohibition de vendre entre époux ne sont admises que sauf les droits des héritiers de ces époux, dans le cas où il y aurait avantage indirect. Les auteurs qui prévoient la question répondent que l'avantage ainsi fait serait seulement réductible à la quotité disponible sur la demande des héritiers réservataires. D'autres jurisconsultes, au contraire, surtout à l'école, pensent que l'acte serait encore nul dans ce cas ; mais c'est une erreur.

L'art. 1099, en effet, en plaçant dans deux classes séparées, d'une part les simples avantages indirects, d'autre part les donations faites soit sous le déguisement d'un acte onéreux, soit par interposition de personnes, a soin, pendant qu'il prononce la nullité des secondes, de n'édicter pour les premiers que leur réductibilité à la quotité disponible. Si donc un époux qui ne pouvait donner à son conjoint que 20 000 francs, lui a vendu pour 75 000 francs (dans l'un des trois cas exceptionnels de notre article) un immeuble qui en valait 100 000, et l'a ainsi avantagé de 25 000 francs, les héritiers réservataires de l'époux vendeur pourront seulement faire réduire de 5 000 l'avantage ainsi procuré.

Sans doute, si l'époux, alléguant au profit de son conjoint de prétendues créances qui n'existent pas, et se présentant

ainsi comme étant dans l'une des exceptions de l'article, alors qu'il ne s'y trouve pas en réalité, avait déclaré vendre un bien que dans le fait il donnait, sans doute alors l'acte serait nul, comme on vient de le dire au numéro précédent: la seule différence entre le cas de ce numéro précédent et celui-ci, c'est que les époux étant ici en apparence dans un des cas d'exception et en présence d'une vente véritable et valable, ce serait à ceux qui attaquent l'acte de faire tomber cette apparence et de prouver que l'acte n'est qu'une donation déguisée. Mais quand il s'agit d'une vente sincère, faite réellement dans l'une des hypothèses où cette vente est permise et qui n'a d'autre tort que de contenir un avantage indirect, vu son prix trop peu élevé, alors ce n'est plus une donation faite sous la forme d'une vente, c'est une vente très-réelle et très-licite; il n'y a plus que le simple avantage indirect, qui ne donne lieu qu'à l'action en retranchement (art. 1099, 1er al., 1496, 1527).

1484. Ne peuvent se rendre acquéreurs, ni par eux-mêmes ni par parties interposées, les personnes suivantes, savoir :

Les tuteurs et curateurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ou la curatelle, excepté dans le cas de vente par autorité judiciaire ;

Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ;

Les administrateurs ou syndics, des biens qui leur sont confiés, soit que ces

1484. The following persons cannot become buyers, either by themselves or by parties interposed, that is to say :

Tutors or curators, of the property of those over whom they are appointed, except in sales by judicial authority ;

Agents, of the property which they are charged with the sale of;

Administrators or trustees, of the property in their charge, whether of

biens appartiennent à des corps publics ou à des particuliers;

Les officiers publics, des biens nationaux dont la vente se fait par leur ministère.

L'incapacité énoncée dans cet article ne peut être invoquée par l'acheteur; elle n'existe qu'en faveur du propriétaire ou autre partie ayant un intérêt dans la chose vendue.

public bodies or of private persons;

Public officers, of national property, the sale of which is made through their ministry.

The incapacity declared in this article cannot be set up by the buyer; it exists only in favor of the owner and others having an interest in the thing sold.

---

* *C. N.* 1596-7. } 1596. Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées,

Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle;

Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre;

Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins;

Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère.

1597. Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts.

---

* *Cod. Louis.*, *art.* 2422. } Les fonctionnaires publics attachés aux cours de justice, tels que les juges, les avocats, les procureurs, les greffiers et les shérifs, ne peuvent acheter des

droits litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et de tous dépens, dommages et intérêts.

---

1 *Code Canton de Vaud*, arts. 1126-1127 semblables aux arts. 1596-1597 *C. N.*

---

* *ff. Liv.* 18, *tit.* 1, *De contrahenda empt. L.* 34, § 7, *et L.* 46. } *L.* 34, § 7. Tutor rem pupilli emere non potest. Idemque porrigendum est ad similia, id est, ad curatores, procuratores, et qui negotia aliena gerunt (Paulus).

L. 46. Non licet ex officio quod administrat quis emere quid vel perse, vel per aliam personam : alioquin non tantùm rem amittit, sed et in quadruplum convenitur secùndum constitutionem Severi et Antonini. Et hoc ad procuratorem quoque Cæsaris pertinet. Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est (Marcianus).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } *L.* 34, § 7. Le tuteur ne peut point acheter un bien ou un effet appartenant à son pupille. Cette décision doit être étendue aux cas semblables, c'est-à-dire aux curateurs, procureurs, et à ceux qui gèrent les affaires d'autrui (Paul).

L. 46. Un officier public, chargé de l'administration de certaines choses, ne peut rien acheter de ce qui fait l'objet de l'administration, ni par lui-même ni par autrui. S'il contrevient à cette disposition, non-seulement il perd la chose qu'il a achetée, mais il est en outre condamné au quadruple, suivant une constitution des empereurs Sévère et Antonin. Cette décision doit s'étendre au procureur chargé de l'administration des affaires du prince; mais elle souffre une exception à l'égard des officiers qui ont obtenu une permission expresse d'acheter les choses qui dépendent de leur administration (Marcien).

---

* *Cod., liv.* 4, *tit.* 38, *De contrah. empt. L.* 2 *et* 5. } *L.* 2. Emptionem et venditionem concensum desiderare, nec furiosi ullum esse consensum, manifestum est. Intermissionis autem tempore furiosos majores vigintiquinque annis venditiones et alios quoslibet contractus posse facere, non ambigitur (DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS).

L. 5. Cùm ipse tutor nihil ex bonis pupilli, quæ distrahi possunt, comparare palàm et bona fide prohibetur : multo magis uxor ejus hoc facere potest (IIDEM).

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } *L.* 2. Il est clair que l'achat et la vente ont besoin du consentement, et qu'un furieux n'est pas censé avoir un consentement. On ne doute pas cependant que des furieux majeurs de vingt-cinq ans ne puissent, dans leurs momens lucides, faire des ventes et passer d'autres contrats (DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN).

L. 5. Si le tuteur lui-même ne peut acheter publiquement et sans mettre de la mauvaise foi ceux des biens du pupille qui peuvent être vendus, à plus forte raison sa femme (LES MÊMES).

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, *n*° 13. } 13. Nous ne pouvons acheter ni par nous-mêmes, ni par personne interposées, les choses qui font parties des biens dont nous avons l'administration ; ainsi un tuteur ne peut acheter les choses qui appartiennent à son mineur ; un administrateur ne peut acheter aucune chose du bien dont il a l'administration : *Tutor rem pupilli emere non potest, idemque porrigendum ad curatores, procuratores, et qui aliena negotia gerunt* : L. 34, § 7, ff. *de Contr. empt.*

La nullité de ces ventes n'est pas absolue, comme celle des choses qui sont hors du commerce, ou dont le commerce est interdit ; elle n'est prononcée que contre le tuteur ou autre administrateur, et en faveur du mineur, ou autre à qui la chose appartient : il n'y a que le mineur ou autre dont la chose a été vendue, qui puisse opposer le défaut de cette

vente : s'il trouve le marché avantageux, le marché tiendra, et le tuteur ou autre administrateur qui a acheté, n'en pourra opposer la nullité.

Cette nullité n'est établie que pour empêcher les fraudes par lesquelles un tuteur, pour son propre intérêt, pourrait ou acheter à vil prix, ou se rendre acheteur de choses qu'il n'est pas de l'intérêt de son mineur de vendre : l'effet de la loi cesse lorsqu'il n'y a aucun intérêt de soupçonner ces fraudes. C'est sur ce principe qu'il est décidé qu'un tuteur est reçu à enchérir et à acheter les biens saisis par le créancier de son mineur : *Si creditor rem pupilli distrahat, tutor emere bonâ fide poterit :* L. 5, § 5, ff. *de Auct. tut. Tutor nihil ex bonis pupilli comparare palàm, et bonâ fide prohibetur* ; L. 5, Cod. *de Contr. empt.*

---

* 1 *Troplong, Vente.* *n*° 186-194. } 186. L'art. 1596 prononce une incapacité relative d'acheter contre quatre classes de personnes qu'il énumère, et il prononce la nullité des ventes passées à leur profit, soit directement, soit par personnes interposées.

187. 1° *Les tuteurs* ne peuvent acheter les biens de ceux dont ils ont la tutelle. "Tutor, disait le jurisconsulte Paul, rem pupilli emere non potest ; idemque porrigendum est ad similia, *ad curatores, procuratores et qui aliena negotia gerunt.*"

Et Modestin confirmait ce principe par cette proposition générale, qui en donnait en même temps la raison :

" Non licet ex officio quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam."

Néanmoins, si la vente se faisait à l'enchère, on ne défendait pas au tuteur de se porter adjudicataire. Despeisses et Tronçon rapportent un arrêt du 12 janvier 1620, qui confirme une adjudication faite à un tuteur d'un immeuble du mineur saisi à la requête de ses créanciers.

Le Code Napoléon défend, aujourd'hui, cette manière de juger. Soigneux de prévenir la lutte de l'intérêt personnel avec le devoir, il ne veut pas qu'un tuteur puisse même se

rendre *adjudicataire* des biens du mineur (lesquels, comme on le sait, sont toujours vendus aux enchères); il a craint que la cupidité ne le portât à mettre en jeu des manœuvres déshonnêtes, pour tromper ceux qui viendraient lui demander des renseignements sur la valeur des biens, et pour empêcher les concurrents de se présenter.

La prohibition prononcée contre le tuteur s'étend-elle au subrogé-tuteur ?

Pour répondre à cette question, il faut faire une distinction entre la vente volontaire et la vente sur expropriation forcée.

Dans le premier cas, les art. 452 et 459 du Code Napoléon exigent que le subrogé-tuteur soit présent à la vente pour la surveiller. On ne conçoit pas, dès lors, qu'il puisse se porter acquéreur ; il y a incompatibilité entre son rôle de gardien des intérêts du mineur et celui d'adjudicataire. C'est évidemment à tort que M. Duranton enseigne que la loi ne prononce contre le subrogé-tuteur aucune incapacité pour le cas dont nous parlons. Si l'art. 1596 est muet, les art. 452 et 459 parlent avec énergie.

Mais quand la vente est faite par expropriation forcée, on ne rencontre plus les mêmes prohibitions. Le subrogé-tuteur n'a plus de ministère d'intervention à remplir dans une procédure qui se poursuit bien moins dans l'intérêt du mineur que dans celui des créanciers. Il rentre donc dans le droit commun, et l'on ne saurait lui appliquer ni l'art. 1596 qui ne s'occupe que du tuteur seul, ni aucun autre article analogue.

Parlons maintenant du curateur. Peut-il se rendre adjudicataire des biens du mineur non émancipé ?

Je ne saurais le croire, malgré l'opinion affirmative de M. Duranton. Lorsqu'il s'agit d'aliéner, l'émancipé n'est plus qu'un mineur ordinaire, et le curateur remplit les fonctions de tuteur à son égard (arg. de l'art. 484 du Code Napoléon) ; il doit, de plus, assister le mineur pour la réception du prix de vente, et surveiller l'emploi des fonds (art. 482 du Code Napoléon). On voit d'un coup d'œil tous les inconvénients

qu'il y aurait à permettre au curateur d'être juge, assistant et surveillant dans sa propre cause. Il y a donc ici une incompatibilité qui supplée au silence de l'art. 1596. La loi 34, § 7, au Dig. *De cont. emp.*, citée au nº 187, l'avait bien senti.

Mais je ne pense pas que le curateur soit incapable d'acheter les biens de l'émancipé vendus par expropriation forcée. Son ministère n'est nullement requis pour intervenir dans la procédure.

Quid du conseil judiciaire donné à un prodigue? Les mêmes distinctions lui sont applicables. Car le prodigue ne peut aliéner volontairement sans l'assistance de ce conseil (art. 513 du Code Napoléon).

188. 2° *Le mandataire* ne peut acheter les biens qu'il est chargé de vendre.

Les raisons qui ont fait prononcer l'incapacité du tuteur se présentent ici. Cette incapacité s'appuie sur les textes précis que nous avons indiqués au numéro précédent.

Il suit de là qu'un avoué ne peut se rendre adjudicataire, en son nom, des biens dont il est chargé de poursuivre l'adjudication; car il est mandataire chargé de vendre. Le contraire a cependant été jugé par un arrêt de la cour de Bourges, du 15 février 1815; mais je ne saurais concilier cette décision avec notre article. Vainement argumenterait-on de ce que j'ai dit, *suprà*, nº 79, et de l'art. 709 (ancien) du Code de procédure civile. Si cet article décide que l'avoué dernier enchérisseur sera réputé adjudicataire en son nom, lorsqu'il ne déclarera pas, dans les trois jours, le nom de son client, il ne dit pas qu'une telle adjudication est bonne et valable, et que l'avoué ne sera passible d'aucuns dommages et intérêts pour avoir fait un pareil acte. Une pratique contraire compromettrait les droits des créanciers, et ferait toujours aboutir la saisie à un prix vil et insuffisant.

189. 3° *Les administrateurs* ne peuvent acheter les immeubles des communes et établissements publics confiés à leurs soins.

" Dans l'ancienne Rome, disait M. Portalis, les gouverneurs

ne pouvaient rien acquérir dans l'étendue de leur gouvernement, et les magistrats ne pouvaient rien acquérir dans le ressort de leur jurisdiction. On voulait écarter d'eux jusqu'au soupçon de mêler des vues d'intérêt privé avec les grands intérêts publics confiés à leur sollicitude.

" Une novelle de Valentinien vint adoucir la rigueur de cette législation ; et cette novelle, d'après le témoignage de Cujas, a formé le droit de la France.

" Mais une foule d'arrêts intervenus en forme de règlement ont constamment prononcé la nullité des adjudications faites à des juges et à des administrateurs chargés, par état, de la surveillance des biens adjugés... On a pensé que le titre public de leur charge les soumet à de plus grandes précautions que les personnes privées, pour les mettre à couvert du soupçon d'abuser de leur autorité dans les occasions où ils ne peuvent et ne doivent se montrer que comme administrateurs ou comme magistrats."

190. Il est singulier que notre article ne dise pas un mot des juges et magistrats que M. Portalis met toujours sur la même ligne d'incapacité que les administrateurs ; mais cette omission du législateur est réparée par l'art. 713 du Code de procédure civile, qui défend aux juges, juges-suppléants, procureurs-généraux, avocats-généraux, procureurs impériaux, substituts et greffiers du tribunal où se poursuit la vente, de se rendre adjudicataires, à peine de nullité et de dommages et intérêts.

Cependant il a été jugé, avec raison, que lorsqu'un juge, faisant partie du tribunal devant lequel se poursuit la saisie, est en même temps créancier poursuivant, il peut se rendre adjudicataire.

L'art. 713 (711 nouveau) du Code de procédure s'applique aussi aux ventes volontaires faites en justice.

191. 4° Ceux qui procèdent à la vente des biens nationaux ne peuvent s'en rendre adjudicataires.

M. Regnauld (de Saint-Jean-d'Angély) fit remarquer au conseil d'Etat que cette disposition ne s'étendait aux préfets

et autres administrateurs que dans le cas où ils font eux-mêmes la vente ; il ajouta : " Ceux qui veulent se rendre adjudicataires doivent se faire remplacer, pour ne pas être juges dans leur propre cause." Les secrétaires-généraux des préfectures sont compris dans notre article.

192. L'art. 1596 arrête ici la nomenclature des incapacités qu'il prononce.

Mais nous en trouvons une nouvelle dans l'art. 713 du Code de procédure civile ; cet article défend à celui sur qui l'on poursuit la saisie de se rendre adjudicataire. Il repousse les enchères qu'il pourrait faire ; il défend aux avoués de prendre l'adjudication en son nom.

On conçoit les motifs de cette disposition. Qu'y aurait-il de sérieux dans les enchères de celui qui dans une pénurie telle, que, ne pouvant payer de gré à gré, il est obligé de subir une expropriation ? Il faudrait donc recourir sans cesse à l'extrémité d'une revente sur folle-enchère ? Et quelle garantie présenterait aux créanciers ce fol-enchérisseur, portant d'avance sur son front la preuve de son insolvabilité ?

On demande si la femme commune du saisi pourrait se rendre adjudicataire. Par arrêt du 26 mars 1812, la cour de Bruxelles a décidé qu'on devait la tenir pour personne interposée ; car, acquérant pour la communauté elle ferait rentrer la propriété dans le domaine du mari, partie saisie.

Au contraire, un arrêt de la cour de Besançon du 12 mars 1811, a décidé que les incapacités étant de droit étroit, on ne devait pas étendre à la femme une défense limitée à la personne du saisi par l'art. 713 du Code de procédure civile.

Cette dernière jurisprudence me paraît plus juridique. Ce que la loi a considéré, en effet, c'est la présomption d'insolvabilité qui s'attache à la personne du saisi. Or, la même présomption ne peut pas s'étendre, de droit, à son épouse.

Avec le système de la cour de Bruxelles, on pourrait écarter des enchères une femme commune créancière de son mari, et ayant, par conséquent, intérêt à ce que l'immeuble soit porté à sa plus haute valeur. Ainsi, la femme devrait, en

vertu de son hypothèque, être appelée à la saisie (art. 692 du Code de procédure civile) ; elle devrait être convoquée pour les enchères !! et cependsnt, elle ne pourrait enchérir et se rendre adjudicataire ! Un tel résultat n'est pas admissible.

La vérité de notre solution est encore plus évidente lorsque les époux sont séparés de biens. C'est ainsi que la cour d'Aix a jugé, par arrêt du 27 avril 1809, qu'un mari ne peut être écarté des enchères sur un immeuble paraphernal de sa femme, saisi par expropriation forcée. Et, par arrêt du 23 février 1807, la même cour a maintenu une adjudication faite au profit de la femme du saisi, mariée sous le régime dotal, et créancière de sommes mobilières considérables.

193. L'art. 1596 annule non-seulement les ventes faites aux personnes incapables dont nous avons donné l'énumération aux n° 187, 188 et 189, mais encore à toute personne interposée. Toutefois, il ne décide pas dans quel cas il y a interposition ; il ne pose pas de présomption *juris et de jure*, comme il l'a fait dans l'art. 911, relatif aux donations. On demande, dès lors, si cet article 911 doit être appliqué par analogie.

Je ne pense pas que cette disposition soit la règle invariable que le juge doit prendre pour base de sa décision. La question d'interposition est, quand il s'agit de vente, une question de fait, qui doit être décidée d'après les circonstances. On ne peut aller chercher, dans le titre des donations, des présomptions de droit et des règles inflexibles, qui n'ont pas été créées exprès pour la vente. Aussi il y a telle espèce où il serait contraire à la justice et à la vérité d'annuler une vente faite au père ou à la mère, ou au fils des personnes déclarées incapables par l'art. 1596. Le magistrat doit examiner les faits et peser les vraisemblances. Reconnaissons, toutefois, qu'en général la proximité des personnes est un indice d'interposition, et qu'il faut des explications bien plausibles pour faire disparaître tout soupçon d'un concert frauduleux.

194. L'art. 1595 déclare que les ventes et adjudications faites aux tuteurs, aux mandataires, aux administrateurs, aux officiers publics, sont nulles. Mais cette nullité ne peut

être invoquée que par le vendeur ou ses créanciers agissant en son nom. Les incapables, dont il vient d'être question, ne seraient pas fondés à s'en prévaloir eux-mêmes. Leur propre délit ne saurait être une raison de les affranchir de leurs obligations.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, tit.* 4, *Des tutelles, art.* 96, *et tit.* 22, *Des transports, art.* 27. } XCVI. Les tuteurs, même les peres et meres, ne prendront en leurs noms, ni sous le nom de personnes interposées, aucuns transports de droit à recouvrer sur leur mineur ; et en cas de contravention, ils demeureront déchus du droit à eux cédé, et les mineurs déchargés, sans payer le prix du transport.

27. Déclarons nuls et vicieux les Transports d'héritages et de tous autres droits immobiliers étant en litige, faits à des Juges, Avocats, Procureurs, Greffiers, Huissiers, à leurs Clercs, aux Sergents, Solliciteurs et autres personnes employées au ministere de la justice, en leur nom et sous le nom de personnes interposées, supposé même que les procès soient poursuivis ailleurs qu'ès Sieges où les cessionnaires font l'exercice de leurs charges et emplois. Voulons que les cessionnaires demeurent déchus des droits par eux acquis sans répétition des sommes payées, et que les fins et conclusions de ceux contre lesquels les Transports ont été pris, leur soient adjugées avec dépens, dommages et intérêts contre le cédant et le cessionnaire solidairement, à la charge du recours du cédant contre le cessionnaire, et sauf aux Juges à condamner le cessionnaire en une amende arbitrale envers nous et la partie, eu égard à la qualité de l'affaire.

---

* 13 *Pand. frs., sur arts.* 1596-97, *C. N.* } 48. Suivant les Lois Romaines, les tuteurs ne pouvaient point acheter les biens de leurs pupilles de gré à gré ; mais ils pouvaient s'en rendre adjudicataires lorsqu'ils étaient vendus à l'encan ; parce qu'on estimait qu'alors il ne pouvait plus y avoir de

soupçon de fraude ; et qu'on regardait même comme utile aux intérêts du pupille qu'il y eût le plus d'enchérisseurs possible. Il paraît que cette doctrine a été suivie autrefois dans notre jurisprudence. Tronçon rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 12 janvier 1620, qui a confirmé l'adjudication faite au tuteur, des biens d'un mineur, saisis et vendus à la requête de ses créanciers.

Cette distinction n'a plus lieu. La loi prohibe précisément et textuellement l'adjudication. D'ailleurs il n'y a plus que cette manière de vendre les biens d'un mineur.

On peut demander si cette défense doit s'appliquer à un tuteur qui n'aurait pas l'administration des biens de son pupille ; comme un tuteur honoraire.

La loi 6 au digeste *de autoritate tutorum*, décide la négative ; mais on ne peut pas l'admettre dans notre Droit. La prohibition de la loi est absolue, et sans distinction. D'ailleurs les raisons qui font écarter l'un des tuteurs, sont les mêmes à l'égard de l'autre.

Les Lois Romaines décidaient aussi que le tuteur pouvait acheter le bien qui avait appartenu à son pupille, lorsqu'il avait été adjugé à un tiers.

Il n'y a point de doute que cette acquisition ne soit valable ; pourvu, néanmoins, qu'il y ait, entre l'adjudication et la vente, un temps suffisant pour que l'adjudicataire ne paraisse pas une personne interposée.

Alors ce n'est pas le bien du mineur, mais celui d'un autre que le tuteur acquiert.

Cette loi décide aussi que le tuteur qui reprend sur l'adjudicataire le bien du pupille faute de paiement du prix, peut le garder en se chargeant de ce prix en recette. Cela ne serait pas admis dans notre usage.

49. Quant aux mandataires, la défense se restreint aux adjudications, suivant les termes de notre article.

Rien n'empêche qu'une personne chargée par une autre de vendre un bien, ne puisse l'acheter de gré à gré, s'il lui

convient. Le mandataire n'a sur le mandant aucun pouvoir, aucune puissance qui soit un obstacle à ce traité.

Encore cette prohibition est-elle très-rigoureuse.

Ce n'est que dans le cas où la vente se poursuit aux enchères, que la loi lui défend de se rendre adjudicataire. Elle craint qu'il n'intrigue pour se faire adjuger à vil prix.

50. Il faut entendre le terme *administrateurs*, employé dans le §. 3 de l'article 1596, dans son sens propre; et le restreindre à ceux qui régissent les communes et les établissements publics.

Dans le Droit Romain, les magistrats, comme les Proconsuls, les Préfets, les Présidens, et généralement tous les délégués dans les provinces, ne pouvaient rien acheter dans les lieux où ils exerçaient leurs pouvoirs ou juridiction, si ce n'était pour leur nourriture et leur entretien. Ils ne pouvaient faire aucune acquisition foncière, ni directement par eux-mêmes, ni indirectement par d'autres.

Les mêmes règles avaient été établies en France par les rois saint Louis et Philippe IV. Leurs ordonnances sont tombées en désuétude, à mesure que le gouvernement a pris de la force. Il n'est pas douteux maintenant que les administrateurs publics, ou délégués du Gouvernement dans les provinces, comme les Préfets, Sous-préfets et autres magistrats, peuvent acheter des biens situés dans les endroits soumis à leur administration; et qu'ils sont capables de tous les actes ordinaires de commerce qui ne se font point de leur autorité (1). Ils peuvent, comme tous autres, se rendre adjudicataires des biens qui sont vendus aux enchères dans les tribunaux de leurs provinces.

Mais quand la vente se fait de leur autorité, ils sont absolument incapables. C'est ce qui est exprimé dans le §. 4 du

(1) Chopin, *de util. andegav. rer domin. lib.* 3, *tit. ult.*, *n.* 26.

Chenu, en ses Règl., tit. 3, ch. 6. Charondas, en ses Pandectes, liv. 2, ch. 29. Bugny, en ses Lois abrogées, liv. 1, ch. 78, et liv. 2, chap. 44. Laroche, des Parlem., liv. 10, ch. 42, art. 5. Guenois, en sa Conférence des ordonnances, liv. 1, tit. 27, art. 1.

même article, qui comprend sous le terme *officiers publics*, les Préfets comme les autres magistrats, ainsi que les notaires, les greffiers et les huissiers des tribunaux où se fait l'adjudication des biens.

51. Lors de la lecture de cet article au conseil, M. le Conseiller d'Etat Réal a demandé si ce §. comprenait les Préfets, en observant qu'alors c'était introduire une innovation.

M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) a très-bien répondu que cette disposition ne s'étend aux Préfets et autres administrateurs que dans les cas où ils font eux-mêmes la vente. C'est aussi ce qui est exprimé ; et en cela la règle n'est pas nouvelle. Elle a toujours été observée (1).

Ils ne peuvent se rendre adjudicataires ni par eux-mêmes, ni par le canal d'une autre personne ; ensorte que si l'adjudicataire leur revendait le bien dans un temps prochain de l'adjudication, on pourrait regarder cet adjudicataire comme personne interposée ; et l'adjudication comme faite par son canal directement à l'officier compris dans la prohibition.

La Cour souveraine de Montpellier a demandé que l'on exprimât dans quel temps, et dans quel cas, les personnes à qui il est défendu de se rendre adjudicataires, peuvent néanmoins acquérir de ceux à qui l'adjudication a été faite.

Il est évident que la loi ne pouvait s'expliquer sur ce point, qui dépend des circonstances. Une disposition qui ne peut s'appliquer qu'à un cas, est toujours embarrassante dans la pratique ; et souvent dangereuse, quand elle est présentée comme règle générale. C'est au juge à distinguer la fraude par la nature des faits. La vente qui serait faite dans un temps voisin de l'adjudication pourrait être très-sincère, tandis que celle faite dans un temps plus éloigné serait frauduleuse.

52. La règle posée par l'article 1597, est plus étendue que

(1) Ordonnances de Louis XIII, art. 117. Masuer, tit. des Juges, 6. — 17. Lebret, en ses Décis., part. 2, liv. 5, Décis. 6. Tronçon, Traité du Droit français, tit. 16, art. 359, au mot *Adjudication*. Chenu, Chopin, Charondas, *loc. sup. cit.* Tilier, sur Papon, en ses Arrêts, liv. 18, tit. 6, art. 12. Leprêtre, cent. 2, ch. 87. Bouchel, en ses Arrêts, liv. 1, ch. 7.

celle qui a été observée jusqu'à présent. La prohibition ne s'appliquait qu'aux actions litigieuses pendantes dans le tribunal dont le cessionnaire était membre ou auquel il était attaché (1). Les Cours souveraines de Bourges, Caen et Lyon, voulaient qu'on l'étendît encore plus loin, et qu'il fût indéfiniment défendu aux personnes dénommées dans cet article d'accepter la cession de quelque droit litigieux que ce fût (2). C'était porter la rigueur à l'extrême. Au reste, les acquéreurs de droits litigieux sont généralement regardés de mauvais œil ; et les magistrats, les jurisconsultes, et officiers ministériels qui les achètent, d'une manière encore plus défavorable (3). L'opinion à cet égard est plus sévère que la loi.

D'après cet article, il suffit que le droit soit douteux, sans qu'il doive y avoir actuellement contestation pendante, pour que la cession soit prohibée à tous les officiers du tribunal où elle doit être portée quand elle naîtra.

Suit-il de là que les officiers d'un tribunal de première instance ne puissent acquérir la cession d'un droit litigieux, qui peut être portée à la Cour d'appel, dont leur tribunal relève ?

On dira pour l'affirmative, qu'ils exercent leurs fonctions dans le ressort de cette Cour. Il faut néanmoins décider le contraire, car autrement il y aurait contradiction dans la loi. Il s'ensuivrait en même temps, que ces officiers pourraient acquérir un droit de la compétence d'un autre tribunal de première instance, parce qu'ils n'exercent point dans son ressort, et qu'ils ne le pourraient pas à raison de la Cour d'appel.

(1) Ordonnance de François Ier., de l'an 1524, art. 23. Ordonnance d'Orléans, 1560, art. 54, et de Louis XIII, 1629, art. 94, *authent.* LITIGIOSA, *Cod. de litigios.* GUERET, sur Leprêtre, cent. 1, ch. 93. SOEFVE, tome 2, cent. 2, ch. 70. Brodeau sur Louet, lett. C, §. 13. Basset, tome 2, liv. 4, titre 20, chap. 1.

(2) *Voyez* l'analyse, pages 814, 815 et 819.

(3) Autrefois, un avocat qui aurait acheté un procès, dans quelque tribunal que ce fût, aurait été rayé du tableau.

D'ailleurs, il est sensible que, dans le cas supposé, la raison de la prohibition ne subsiste plus.

Mais il ne peut pas être douteux qu'à l'égard des officiers de la Cour d'appel, la défense s'étend à tout le ressort.

---

* *Ordon. de Louis XIII, de* 1629, *art.* 94. 16 *Isambert, p.* 254. } (94) Faisons très expresses défenses à tous juges, de quelque qualité et condition qu'ils soient, avocats, procureurs, clercs, solliciteurs, de prendre aucune cession de dettes pour lesquelles y ait procès, droits ou actions, soit en leur nom, ou d'autres personnes par eux interposées, sur peine de choses cédées, pour lesquelles nous voulons y avoir répétition contre eux, jusques à dix ans après que les jugemens et arrêts auront été rendus.

---

* *Ordon. de Charles IX, de* 1560, (*Orléans*), *art.* 54-55. 16 *Isambert, p.* 78. } (54) Défendons à tous nos juges et nos avocats et procureurs d'accepter directement ou indirectement aucuns transports ou cession des procès et droits litigieux ès cours, sièges et ressorts où ils seront officiers. Semblables défenses faisons aux avocats, procureurs et solliciteurs des parties pour le regard des causes et procès dont ils auront charge, à peine de punition exemplaire (1).

(55) Tous officiers des justices et jurisdictions subalternes, ou des hauts justiciers ressortissans pardevant nos baillifs et sénéchaux, seront examinez avant qu'estre reçus, par l'un de nos lieutenans ou plus ancien conseiller du siége, après sommaire information de leur bonne vie et mœurs, sans toutefois que pour ce nosdits lieutenans ou conseillers du siége puissent prendre aucune chose pour leur vacation. Enjoignons à tous hauts justiciers salarier leurs officiers de gages honnêtes: faire administrer justice en lieu certain, et avoir prisons

(1) V. l'ord. de François I, du 18 may 1529; celle de Charles IX, du 25 décembre 1561, et l'ord. de 1667, tit. 24.

sûres ; lesquelles d'autant qu'elles ne doivent servir que pour la garde des prisonniers, nous désendons estre faites plus basses que le rez-de-chaussée (1).

---

* 6 *Marcadé, sur art.* 1596 *C. N.* } 1. — La loi pose ici l'incapacité d'acheter pour quatre classes de personnes qu'une pleine liberté à cet égard eût placées entre leur intérêt et leur devoir, puisque ce devoir est pour elles de faire vendre au plus haut prix possible.

1° Ce sont d'abord les tuteurs, pour les biens de ceux dont ils ont la tutelle. — Tout le monde reconnaît bien que, la loi ne distinguant pas, sa règle s'applique à tous tuteurs, aussi bien à ceux des personnes frappées d'interdiction, soit judiciaire, soit légale, qu'à ceux des mineurs ; aussi bien à un cotuteur ou protuteur, puisque c'est un tuteur. Mais il y a division, aussi bien parmi les auteurs que parmi les arrêts, sur le point de savoir si cette règle embrasse aussi le subrogé tuteur, le curateur et le conseil judiciaire. Nous avouons que pour nous la question n'en est pas une. Il s'agit, en effet, d'une incapacité, d'une disposition dérogatoire au droit commun, disposition dès lors qui doit s'appliquer restrictivement, sans pouvoir s'étendre des cas prévus par la loi aux cas qui s'en rapprochent sans être identiques. Or il n'y a certes pas parité de position entre un tuteur d'une part, et un subrogé tuteur, un curateur ou un conseil judiciaire d'autre part, et la prohibition n'avait pas la même importance pour ceux-ci que pour celui-là. En vain on dit que cette prohibition serait cependant très-utile ici : c'est là une raison *en législation* et quand il s'agit de faire la loi, mais ce n'en est plus une *en droit* et quand il s'agit d'interpréter la loi telle qu'elle est faite. C'est ainsi que M. Troplong lui-même, sous l'article précédent, tout en reconnaissant qu'il eût été nécessaire

(1) V. l'art. 30 de l'ord. de Cremieu ; l'art. 27 de l'ord. de Roussillon ; l'édit de 1563, du 22 novembre, art. 9, et l'art. 1 du titre 13 des prisons, greffiers des Geoles, etc., de l'ord. de 1670.

d'étendre aux créances du mari sur sa femme antérieures au mariage, ce que le 3° dit des créances nées du contrat, décide avec raison que l'extension n'ayant pas été faite par le législateur, l'interprète ne saurait la faire. Comment donc veut-il admettre ici cette extension, malgré le silence de la loi ?

II. — 2° Tout mandataire est déclaré incapable d'acheter les biens qu'il est chargé de vendre. Cette seconde règle avait fait naître la question de savoir si l'avoué qui poursuit une saisie immobilière au nom d'un créancier était incapable de se rendre adjudicataire, comme l'est incontestablement l'avoué qui poursuit la vente judiciaire des biens d'un mineur ou d'un interdit au nom du tuteur, et M. Troplong (I, 188), critiquant un arrêt de Bourges, qu'il présentait comme une décision isolée (tandis qu'il était conforme à une jurisprudence constante), tenait pour l'incapacité de l'avoué. C'était une erreur : le créancier n'étant pas le vendeur du bien, l'avoué de celui-ci n'était point un mandataire chargé de vendre et ne tombait pas sous la prohibition de notre article. Mais ce que le législateur n'avait pas fait dans le Code Napoléon, il l'a fait dans la loi sur les ventes judiciaires du 2 juin 1841, et le nouvel art. 711 du Code de procédure déclare formellement que " l'avoué poursuivant la saisie ne peut se rendre adjudicataire à peine de nullité."

3° Les maires et tous autres administrateurs ne peuvent être adjudicataires des biens appartenant aux communes ou aux établissements publics qu'ils sont chargés d'administrer. Ici encore la règle ne doit pas s'étendre au delà de ses termes, et comme les conseillers municipaux d'une commune ne sont point ses administrateurs, qu'ils forment simplement un corps délibérant et donnant des avis, non pas un corps chargé d'administrer, le conseiller municipal peut se rendre adjudicataire d'un bien de la commune, comme un membre du conseil de famille le pourrait pour un bien du mineur.

4° Enfin, l'article déclare tous officiers publics incapables d'acheter les biens nationaux qui se vendent par leur ministère.—On a dans la discussion au conseil d'État, émis une

idée que M. Troplong (n° 191) semble trouver toute naturelle, mais que nous croyons, au contraire, comme M. Duvergier (n° 192), complètement fausse et inadmissible. M. Réal ayant demandé si l'interdiction s'appliquait aux préfets, M. Regnaud prétendit que ces fonctionnaires ne seraient soumis à la règle que quand ils procéderaient à la vente *par eux-mêmes*, et qu'ils pourraient se soustraire à son application *en se faisant remplacer* dans l'opération. Mais on ne pouvait pas admettre une pareille idée : le fonctionnaire inférieur, par lequel le préfet chargé de procéder à la vente se ferait remplacer, ne serait que le délégué et l'instrument de celui-ci. Aussi fut-il répondu à M. Regnaud qu'il était au contraire utile d'*appliquer l'article aux préfets*, que c'était le moyen d'*éviter les abus et surtout les soupçons* (Fenet, XIX, p. 23).

III.—La nullité prononcée par notre article n'est pas seulement établie pour le cas où ceux que la loi déclare incapables auraient acheté directement, mais aussi, et cela devait être, pour le cas où ils auraient acheté par personnes interposées. Du reste, on est d'accord pour reconnaître que les présomptions d'interposition posées par les arts. 911 et 1100 ne sauraient, dans le silence de la loi, s'appliquer ici : sans doute la circonstance que l'acheteur ou adjudicataire est l'ascendant, le descendant ou le conjoint de l'incapable, pourra être d'un grand poids dans l'esprit des magistrats, mais ce ne sera qu'une circonstance de fait qu'ils devront apprécier en la combinant avec les autres circonstances de l'affaire, sans qu'elle les lie comme présomption légale.

Tout le monde reconnaît également que la nullité, ou, pour parler plus exactement, l'annulabilité n'existe que pour ceux dans l'intérêt desquels la prohibition est posée, et que la vente ne pourrait dès lors être attaquée que par les mineurs ou interdits, les mandants, les communes ou établissements publics et l'État, sans pouvoir jamais l'être par celui qui s'est rendu acheteur ou adjudicataire.

1485. Les juges, les avocats et procureurs, les greffiers, shérifs, huissiers et autres officiers attachés aux tribunaux ne peuvent devenir acquéreurs des droits litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions.

1485. Judges, advocates, attorneys, clerks, sheriffs, bailiffs and other officers connected with courts of justice, cannot become buyers of litigious rights which fall under the jurisdiction of the court in which they exercise their functions.

---

* *C. N.* 1597. } Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts.

Voy. autorités sur art. 1484.

---

* 6 *Marcadé, sur art.* 1597 *C. N.* } I. — Cette disposition fait naître de nombreuses questions, dont la plupart divisent les auteurs ou les arrêts, et dont quelques-unes sont assez délicates. Nous les ferons rentrer toutes sous ces trois idées générales : 1° à quelles personnes s'adresse la prohibition ; 2° à quels droits elle s'applique ; 3° quelle est la nature et la portée de la nullité qu'elle prononce.

Et d'abord, à quelles personnes s'adresse la prohibition ? Il est évident que sous le nom de *défenseurs officieux* sont compris, non-seulement les agréés des tribunaux de commerce, qui, n'ayant pas de titre officiel, sont dans toute la rigueur

de l'expression des défenseurs officieux, mais aussi les avocats, puisque leur ordre, aboli sous la révolution, n'ayant été rétabli qu'après la publication du Code Napoléon, c'est par ce même nom de défenseurs officieux qu'ils étaient légalement désignés lors de la rédaction de notre article. Il est également évident que sous le nom de *juges* et autres personnes se rattachent à un *tribunal*, la loi comprend aussi bien les personnes attachées à une *cour* que celles dépendant d'un tribunal de première instance : ce n'est pas seulement, comme le dit M. Troplong (nº 198), parce qu'il y a parité de raison, même crainte d'une fâcheuse influence, même danger d'un crédit oppresseur, même dégradation de fonctions respectables, même oubli des devoirs de la profession, et que, par conséquent, l'esprit de la loi conduit à cette solution ; c'est parce que son texte même embrasse les personnes dont il s'agit, puisque l'organisation judiciaire, lors de la promulgation de notre titre (16 mars 1804), ne connaissait que des *juges* et des *tribunaux* (de première instance, d'appel ou de cassation), et que les dénominations de *conseillers* et de *cours* n'ont été introduites qu'un peu plus tard. De même donc que les magistrats, avocats, avoués, etc., d'un tribunal, sont frappés de l'interdiction pour ce qui est du ressort de ce tribunal ; de même les magistrats, avocats, avoués, etc., d'une cour d'appel, en sont atteints pour tout le ressort de cette cour, et les magistrats, avocats et greffiers de la Cour de cassation sont frappés de la même incapacité pour toute la France et les colonies. Enfin il faut également admettre que la disposition est applicable aux membres des conseils de préfecture et du conseil d'État, pour les procès, droits et actions litigieux qui sont de leur compétence, puisque ce sont là des *tribunaux* administratifs, des *juges* administratifs.

Mais s'il faut donner à la prohibition toute sa portée, il ne faut pas l'étendre au delà. Si donc les magistrats, avocats, avoués, etc., d'une cour d'appel ne peuvent pas acheter les droits litigieux qui sont de la compétence de cette cour, ils pourraient très-bien acheter ceux sur lesquels un tribunal

d'arrondissement dépendant de cette cour devrait statuer en dernier ressort, puisque le droit, dans ce cas, n'est pas de la compétence de la cour : sans doute, il est plus convenable et plus moral de s'abstenir d'un tel traité ; mais ce traité, en définitive, n'aurait rien de contraire à la loi. De même la personne qui exerce sa fonction près d'un tribunal d'arrondissement peut légalement acheter le droit sur lequel doit statuer un autre tribunal du ressort de la même cour. Il est vrai qu'un arrêt a jugé le contraire. Mais c'est une erreur manifeste qui a été repoussée avec raison par un arrêt postérieur et par tous les auteurs, et qui est en effet condamnée, non-seulement par le texte de notre article (qui ne parle que des droits qui sont de la compétence du tribunal près duquel le cessionnaire exerce), mais aussi, et de la manière la plus péremptoire, par les travaux préparatoires. Le Tribunat, en effet, lors de la communication officieuse de notre titre, et alors que notre article ne comprenait pas les notaires dans sa prohibition, proposa une double extension à cette prohibition. " La section propose, disait-on, de l'étendre aux notaires. Elle propose encore une nouvelle extension, en disant : *les droits qui sont de la compétence* DU TRIBUNAL D'APPEL DANS LE RESSORT DUQUEL *les personnes exercent leurs fonctions.*" (Fenet, XIV, p. 87.) La première extension a été admise, mais la seconde ne l'a point été, et ce point dès lors ne saurait faire difficulté.

II. — A quelles cessions, maintenant, s'applique la prohibition ? L'article parle de droits litigieux, et comme le Code, à l'occasion d'une autre règle que nous étudierons plus loin, déclare que la chose litigieuse est celle pour laquelle il y a *procès et contestation sur le fond du droit* (art. 1700), la Cour de Rouen (27 juillet 1808) en a conclu que c'est seulement pour les droits sur lesquels il y a procès que notre article s'applique. C'est encore une erreur. La règle des trois arts. 1699-1701 ne diffère pas seulement de la nôtre par le but, par la portée, par une sévérité moindre, elle en diffère même par l'objet, et tandis qu'elle ne s'applique qu'aux choses sur lesquelles il y a déjà procès, et procès portant sur le fond même

du droit, notre art. 1597 s'applique à tous droits qui sont ou qui seulement peuvent être l'objet d'un procès. Il est vrai que, lors de la confection du Code, le Tribunat paraît l'avoir compris autrement: le tribun Faure, dans son Rapport (Fenet, p. 156), présente la définition de l'art. 1700 comme s'appliquant aussi à notre hypothèse, et nous verrons bientôt le tribun Grenier assimiler de même les deux règles sous un autre rapport. Mais ce n'en est pas moins une idée fausse. D'une part, en effet, c'eût été là un changement apporté à l'ancien droit, changement dont le conseil d'État n'eût pas manqué de parler, comme il l'a fait pour l'art. 1700; or, soit dans la discussion au Conseil, soit dans l'Exposé des motifs, soit dans l'analyse de M. Maleville, on ne trouve pas un mot qui fasse seulement allusion à ce changement. D'autre part, la preuve positive du contraire se trouve, et dans l'Exposé des motifs, où il est formellement déclaré qu'il s'agit, comme dans les anciennes ordonnances, des droits *qui sont* ou PEUVENT ÊTRE PORTÉS *devant le tribunal* (Fenet, XIV, p. 117), et dans le texte lui-même, puisque l'article a soin de réunir sous sa prohibition les *procès*, les *actions* et les *droits litigieux*, tandis que restreindre sa règle au cas où il y a contestation actuelle, ce serait ne l'appliquer qu'aux seuls procès. Le droit est donc litigieux ici par cela seul qu'il est vraiment de nature à faire naître une contestation, ce que les juges du fait apprécieront d'après les circonstances, et c'est avec raison que l'idée contraire de la Cour de Rouen est repoussée par les auteurs et les arrêts.

Et ce n'est pas sous ce rapport seulement que notre règle est plus sévère que celle des arts. 1699-1701; car celle-ci admet des exceptions que la nôtre ne comporte pas. Après avoir dit dans les arts. 1699 et 1700 que, quand il y a cession d'un droit litigieux, c'est-à-dire d'un droit sur le fond duquel il y a dès à présent procès, le débiteur cédé est autorisé à se faire tenir quitte par le cessionnaire en remboursant à celui-ci le prix de la cession, si minime qu'il soit, le Code ajoute dans l'art. 1701 que cette faculté disparaît dans trois cas où

la cession avait un motif légitime, et, par exemple, quand la cession a été faite à un créancier en payement de sa créance. Or M. Zachariæ (p. 573, note 7), sur le fondement de la déclaration qui en fut faite dans le discours du tribun Grenier (Fenet, p. 205), enseigne que dans ces mêmes cas il y aurait exception à la règle de notre art. 1597 aussi bien qu'à celle de l'art. 1699. C'est encore là une erreur, et la question (que ne prévoient ni M. Troplong ni M. Duvergier) doit évidemment se résoudre en sens contraire. D'abord, on ne comprend pas que M. Zachariæ ait pu regarder comme une raison décisive la déclaration, même très-formelle, consignée dans le discours fait au nom du Tribunat, lui qui, quelques lignes plus haut, écarte, avec raison, la déclaration également très-formelle du Rapport au Tribunat par M. Faure sur la question précédente, et reconnaît ainsi, comme les autres auteurs, entre les deux règles dont il s'agit, la profonde différence que le Tribunat a méconnue. Il fallait donc examiner la question en dehors de cette opinion erronée de quelques tribuns. Or la question ne peut guère paraître douteuse. D'une part, en effet, du moment qu'il s'agit d'exceptions et que ces exceptions ne sont pas écrites pour notre règle, mais seulement pour la règle toute différente de l'art. 1699, on ne peut donc pas les étendre du second cas au premier. D'un autre côté, il est facile de comprendre que la loi ne devait pas, ne pouvait pas appliquer ici ces exceptions, attendu que le motif qui justifie l'acquisition dans le cas de l'art. 1699 ne la justifierait en aucune façon dans le cas de notre art. 1597. Ainsi, par exemple, si la circonstance que le cessionnaire d'un droit litigieux était créancier du cédant, et s'est fait transmettre ce droit pour se payer, justifie assez la cession dans des cas ordinaires et alors que ce cessionnaire n'est qu'un simple citoyen dont le tiers débiteur n'a rien à craindre, est-ce que cette même circonstance justifierait de même et mettrait à l'abri d'une juste réprobation la cession que se ferait ainsi consentir le juge d'un tribunal qui doit statuer sur le droit litigieux ? Est-ce que le magistrat qui est appelé à prononcer

sur le litige ne doit pas s'abstenir à tout prix d'acheter le droit sur lequel porte ce litige ? Les motifs mêmes de notre article répugnaient à l'admission des exceptions indiquées par l'art. 1701 ; et c'est avec raison que le seul auteur qui ait prévu la question avec M. Zachariæ, et le seul arrêt qui l'ait jugée, la décident dans ce sens.

On se demande enfin, toujours quant au point de savoir sur quels objets porte la prohibition, si l'article s'étend aux conventions connues sous le nom de pactes *de quotâ litis*. On appelle ainsi le traité par lequel le créancier d'un droit litigieux en cède une portion, *une quote* (la moitié, le tiers, le quart) à une personne, comme prix de ce que celle-ci s'oblige à faire pour procurer le payement de la créance. M. Duvergier (I, 201), se fondant sur ce que ce n'est pas précisément là une vente (ce qui est vrai, puisque la cession, au lieu d'être faite pour un prix en argent, est au contraire le prix ou le salaire d'un travail à faire, en sorte qu'il y a plutôt louage d'ouvrage que vente), décide que notre article est inapplicable.—Nous ne saurions adopter son sentiment. Sans doute ce n'est pas là une véritable vente ; mais quoique notre article et les précédents soient placés au titre de la vente et sous la rubrique *qui peut acheter ou vendre*, on a vu déjà que la loi n'entend pas seulement y prohiber les ventes proprement dites, puisque l'art. 1595 ne prohibe entre époux, sous ce même nom de ventes, que de simples dations en payement. Le Code, dans sa rubrique, entend donc parler, soit de ventes, soit de contrats ayant, quant au résultat qui le préoccupe, des effets analogues à ceux de la vente et devant produire les mêmes inconvénients. Or, tels sont les pactes *de quotâ litis*, qui, en effet, ont toujours été défendus aux personnes dont parle notre article aussi bien que les ventes de droits litigieux. D'ailleurs, notre article embrasse tous *cessionnaires ;* or celui qui acquiert par le pacte *de quotâ litis* est aussi bien *cessionnaire* que celui qui achète ; et c'est si bien ainsi que les rédacteurs du Code l'ont entendu, que c'est précisément du pacte *de quotâ litis* que M. Maleville s'occupe

dans son analyse de cet article (III, p. 365). C'est aussi dans ce sens que prononce le seul arrêt rendu sur la question.

III. — Le troisième point à examiner sur cet article, c'est celui de savoir quelles sont la nature et la portée de la nullité prononcée par notre article pour les cessions dont il s'agit. Trois systèmes sont ici en présence : 1° M. Duranton (XVI, 115) enseigne que la nullité est purement relative et que, prononcée dans le seul intérêt du cédé, elle ne peut être proposée que par lui, jamais par le cessionnaire ni par le cédant ; 2° M. Zachariæ (II, p. 573), tout en admettant aussi que la nullité est simplement relative, accorde au cédant comme au cédé le droit de l'invoquer, et ne le refuse qu'au cessionnaire ; 3° M. Duvergier, enfin, et tel paraît être aussi le sentiment de M. Troplong (n° 196), qui toutefois ne s'en explique pas, soutient (I, 200) que la nullité est d'ordre public, par conséquent absolue et de nature à être invoquée par tous les intéressés, aussi bien par le cessionnaire lui-même que par le cédant et le cédé.

Cette dernière doctrine est la seule exacte. Car si notre prohibition tend à protéger les tiers débiteurs, elle tend aussi à sauvegarder la dignité de la justice, et elle constitue dès lors une disposition d'ordre public et d'intérêt général autant que d'intérêt privé. Or si ce fait condamne la doctrine de M. Duranton (que repousse aussi un arrêt de rejet du 14 nivôse an 12), il ne condamne pas moins celle de M. Zachariæ, puisque, du moment que la nullité est d'ordre public, elle est dès lors proposable par tous intéressés. En vain M. Duranton invoque la maxime *nemo ex delicto suo actionem consequi debet :* c'est prendre le change que de raisonner ainsi. Sans doute, on ne peut pas conquérir un droit par son délit, par un acte illicite ; mais la conséquence de ceci est précisément le contraire de celle qu'en tire le savant professeur : la conséquence de ceci, c'est que, du moment que le contrat est illicite, ni le cédant, ni le cessionnaire, n'en peuvent demander l'exécution ; il est sans valeur pour l'un comme pour

l'autre, il est nul pour l'un comme pour l'autre, et l'un comme l'autre dès lors peuvent et doivent argumenter de sa nullité ! Si l'une ou chacune des parties était privée de la faculté d'invoquer la nullité de l'acte, l'autre pourrait donc agir pour contraindre à l'exécution de cet acte; or c'est alors précisément que le délinquant aurait une action, un droit naissant de son fait illicite !... L'obligation sur cause illicite ne peut produire *aucun effet* (art. 1131); or, ce serait faire produire un effet au contrat, dit avec raison M. Troplong, que d'empêcher le cédant d'argumenter de la nullité d'une pareille convention et de le maintenir ainsi dans les liens que cette convention engendre. Et il en est de même pour le cessionnaire ; ce serait aussi donner effet à ce contrat, qui n'en peut produire aucun, que de prétendre qu'il lie ce cessionnaire. Le contrat ne lie personne, il est frappé d'une nullité radicale et demeure légalement inexistant et non avenu (art. 1131, II, et 1133, II). Et c'est ce que M. Duranton lui-même finit par reconnaître implicitement, en renversant ainsi sans le remarquer le prétendu principe qu'il avait posé d'abord ; car, après avoir refusé au cédant (1er alinéa) le droit d'invoquer la nullité, il arrive à dire (3e alinéa) que si le cédé, poursuivi par le cédant, prétendait que celui-ci n'a plus de droit contre lui puisqu'il a transporté ce droit, le cédant pourrait lui répondre que *la cession étant nulle, elle n'a rien transporté*. Mais argumenter ainsi de ce que la cession est nulle, c'est précisément en invoquer la nullité !

C'est qu'en effet, et encore une fois, la convention est radicalement nulle et légalement inexistante. De là découlent ces diverses conséquences : 1° qu'aucune des parties ne peut contraindre l'autre à l'exécution ; 2° que si le cessionnaire a payé son prix, il peut le répéter comme payé indûment, en restituant, bien entendu, ce qu'il aurait pu recevoir du débiteur cédé ; 3° que de son côté le cédant peut toujours répéter contre le cessionnaire ce que celui-ci aurait reçu du débiteur, en lui remboursant le prix de la cession ; 4° que le débiteur, qui peut, sur la poursuite du cessionnaire, répondre à son

action en l'acceptant comme mandataire de son créancier, peut aussi repousser cette action en invoquant la nullité de la cession; 5° que si ce même débiteur, sur la poursuite du cédant, argumentait de la cession pour soutenir que le demandeur a cessé d'être son créancier, celui-ci pourrait néanmoins le contraindre à payer en faisant constater l'inexistence légale de cette cession.

Que si la cession se trouvait être à la fois dans l'hypothèse de notre article et dans celle de l'art. 1699, c'est-à-dire s'il y avait déjà procès et procès sur le fond du droit, dès le moment de la cession, et qu'on ne fût pas d'ailleurs dans l'une des trois exceptions de l'art. 1701, le débiteur ne pourrait-il pas exercer la faculté que lui donne cet art. 1699 de se libérer en payant le prix (peut-être très-minime) pour lequel la cession a été faite? La raison de douter vient de ce que, la cession étant radicalement nulle, il semble que le cédant et le cessionnaire pourraient dire au cédé que sa prétention n'est pas admissible, puisque, légalement, il n'existe pas de cession. Mais cette objection devrait être écartée, comme tendant à faire tourner le délit au profit des délinquants et au détriment du débiteur. Puisque, si le cédant et le cessionnaire avaient eu seulement le tort de traiter d'un droit litigieux (étant d'ailleurs capables de le faire), le cédé jouirait du bénéfice de l'art. 1699, comment voudrait-on que le second tort, plus grave que le premier, qu'ils ont ajouté à celui-ci, enlevât au débiteur ce bénéfice, et leur donnât à eux un avantage? Sans doute le cédant et le cessionnaire peuvent, en principe, argumenter de la nullité; mais ils ne le peuvent plus quand il s'agirait ainsi d'en tirer un bénéfice qu'ils n'auraient pas sans elle, car ce serait alors *actionem ex delicto consequi.* Du reste, comme c'est le cessionnaire qui est le principal coupable, comme c'est à lui que la prohibition s'adresse, et que c'est lui qui est déclaré par notre article passible des dépens et dommages-intérêts, c'est donc lui qui subirait la perte, et si, un droit qui valait 4 000 francs ayant été cédé pour 2 000, le débiteur se libérait par le payement de ces 2 000, le cédant

pourrait contraindre le cessionnaire à lui tenir compte de la différence.

CHAPITRE TROISIÈME.

DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE VENDUES.

1486. Peut être vendue toute chose qui n'est pas hors du commerce, soit par sa nature ou sa destination, soit par une disposition spéciale de la loi.

CHAPTER THIRD.

OF THINGS WHICH MAY BE SOLD.

1486. Every thing may be sold which is not excluded from being an object of commerce by its nature or destination or by special provision of law.

* *C. N.* 1598. } Tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation.

Voy. *C. C. B. C., art.* 105 *et s.*

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, *n*° 10 *et* 11. } 10. On ne peut pas vendre les choses qui, par leur nature, sont hors du commerce, comme une église, un cimetière ; une place publique, un bénéfice, un office non vénal, etc.

Lorsque des choses *divini juris*, comme une chapelle, ou un droit de patronage et de présentation à des bénéfices, se trouvent faire partie des dépendances d'une terre, ces choses ne peuvent pas, à la vérité, se vendre seules et *per se* ; mais elles se vendent avec la terre dont elles sont une dépendance, soit qu'on les exprime dans le contrat de vente de la terre, soit qu'elles se trouvent renfermées sous l'expression générale des *dépendances ;* arg. L. 22 et 24, ff. *de Cont. empt.*

11. Il y a aussi certaines choses dont les lois de police défendent la vente, parce qu'elles sont nuisibles à la santé.

1487. [La vente de la chose qui n'appartient pas au vendeur est nulle, sauf les exceptions contenues dans les trois articles qui suivent. L'acheteur peut recouvrer des dommages-intérêts du vendeur, s'il ignorait que la chose n'appartenait pas à ce dernier.]

1487. [The sale of a thing which does not belong to the seller is null, subject to the exceptions declared in the three next following articles. The buyer may recover damages of the seller, if he were ignorant that the thing did not belong to the latter.]

---

* *C. N.* 1599. } La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui.

C. Louis., semblable à l'art. 1599 *C. N.*

---

* 6 *Marcadé, sur art.* 1599 *C. N.* } I. — Nous avons déjà vu sous l'art. 1582 qu'il y a, entre la vente du Code Napoléon et la vente du droit romain et de notre ancien droit, une différence plus profonde qu'on ne le croit communément. On répète souvent que la vente, qui ne produisait autrefois que l'obligation de procurer à l'acheteur la libre possession de la chose, produit aujourd'hui l'obligation de lui en faire avoir la propriété. Or, c'est là une erreur : la vente produit aujourd'hui, non pas l'obligation de transférer la propriété, mais bien la translation immédiate et directe de cette propriété. La différence entre l'ancien droit et le nouveau n'est

donc pas que la vente, autrefois productive d'une certaine obligation, serait aujourd'hui productive d'une obligation différente et plus importante ; elle consiste en ce que la vente, autrefois contrat simplement productif d'obligation, est aujourd'hui contrat translatif de propriété, acte d'aliénation.

Or, c'est pour cela qu'une vente ayant pour objet la chose d'autrui était valable à Rome et se trouve nulle aujourd'hui. Tant que la vente n'a été qu'un acte productif d'obligation, comme rien n'empêche de contracter une obligation relativement à la chose d'autrui, on pouvait donc vendre la chose d'autrui : on l'aurait pu alors même que l'obligation résultant de la vente aurait été de transférer la propriété de la chose ; car il est évident que Pierre peut très-bien s'obliger à vous procurer la chose de Paul ; il exécutera cette obligation en obtenant lui-même la propriété pour vous la transmettre ensuite, et à défaut de cette exécution directe, son obligation se résoudra, comme toute autre obligation, en dommages-intérêts. Mais aujourd'hui que vendre, c'est opérer immédiatement la translation de propriété, il est clair que, par la force même des choses, je ne puis pas vendre ce qui ne m'appartient pas, ce dont je n'ai pas la propriété, puisqu'on ne saurait transmettre à un autre le droit qu'on n'a pas soi-même. La vente de la chose d'autrui est donc nulle aujourd'hui : *nulla est venditio*, il n'y a pas de vente, il y a un acte qui présente les apparences d'une vente, mais qui n'en est pas une.

II. — Puisqu'il s'agit ainsi d'une nullité proprement dite, d'un prétendu contrat de vente qui n'a aucune existence légale, il semblerait que la nullité en peut être invoquée en toute circonstance et par tous intéressés. Il n'en est cependant pas ainsi, et tout le monde reconnaît qu'il y a des distinctions à faire à cet égard. Il est vrai que les auteurs sont loin de s'entendre, soit sur les cas dans lesquels la nullité peut ou ne peut pas être opposée, soit sur les principes mêmes qui doivent dominer l'ensemble de cette théorie ou ses diffé-

rentes faces particulières; c'est là, au contraire, l'un des points les plus obscurs, les moins expliqués du Code. Mais tous sont du moins d'accord sur ce fait, qu'on est loin de bien justifier, mais qu'on admet partout, que le vendeur, si tant est qu'il puisse quelquefois opposer la nullité, ne peut pas l'opposer toujours. M. Troplong (n° 238) soutient qu'il ne le peut jamais; M. Duvergier (n° 220) enseigne qu'il le peut quand il a vendu de bonne foi, mais non quand il savait que la chose ne lui appartenait pas; enfin M. Zachariæ (II, p. 501) décide que, sans qu'il y ait à distinguer la bonne ou la mauvaise foi, il peut toujours opposer la nullité par voie d'exception, mais jamais par voie d'action... Voici, quant à nous, la théorie qui nous paraît la seule vraie, théorie qui, tout en prenant un point de départ autre et plus exact que celui de M. Zachariæ, conduit cependant au même résultat.

Et d'abord, il s'agit bien d'une nullité radicale, d'un cas où la vente est proprement nulle et inexistante, et non pas seulement annulable : c'est évident, puisque la vente ne pouvant être, chez nous, qu'un acte transférant la propriété de la chose, et la propriété d'une chose ne pouvant être transférée que par celui à qui elle appartient, la prétendue vente qu'un tiers fait de la chose d'autrui n'est point une vente. Cette vente purement apparente est donc sans réalité juridique, et son inexistence légale peut être opposée sans difficulté tant par le vrai propriétaire contre l'acheteur que par celui-ci contre le vendeur. Elle peut l'être par le propriétaire, qui pourra toujours, tant que la prescription de son bien ne sera pas accomplie, en exercer la revendication, en écartant comme chose légalement non avenue la prétendue vente qu'on lui opposerait. Elle peut l'être aussi par l'acheteur, qui peut toujours (et c'est là qu'est la principale différence pratique des deux règles contraires du droit romain et de notre droit actuel : autrefois, VALET *rei alienæ emptio;* aujourd'hui, *la vente de la chose d'autrui* EST NULLE) refuser de payer son prix et de se livrer de la chose, ou répéter ce prix déjà payé, en rendant la chose, dès là qu'il prouve que c'est

la chose d'autrui qu'on lui a vendue. Il le peut toujours, disons-nous, et alors même qu'il aurait su dès l'origine que la chose n'appartenait pas au vendeur et que celui-ci l'aurait ignoré. Sans doute il pourrait alors être condamné à des dommages-intérêts envers le vendeur, puisqu'il a agi déloyalement et méchamment, en abusant de l'erreur dans laquelle était celui-ci et que lui connaissait; il devrait donc, par application de l'article 1382, supporter les coûts et frais de la vente et de plus amples dédommagements s'il y avait lieu. Mais il n'en pourrait pas moins invoquer la nullité de la vente prétendue, puisque, par la force même des choses, cette vente n'existe pas, qu'il n'est pas devenu propriétaire, et que, la translation de propriété qui devait être la cause de son obligation de payer le prix n'existant pas, cette obligation se trouve ainsi sans cause et n'a jamais existé. Aussi notre article ne distingue si l'acheteur a été de bonne ou de mauvaise foi que pour lui accorder ou lui refuser des dommages-intérêts contre le vendeur, et nullement quant à la nullité de la vente.

Mais ce droit absolu d'opposer la nullité radicale de l'acte, pour lui refuser tout effet, n'existe pas de la même manière pour le vendeur. Sans doute l'acte est nul aussi vis-à-vis de lui, mais il ne l'est pas aussi complètement, il ne l'est pas entièrement: l'acte est nul et inexistant en tant que vente et comme contrat translatif de propriété, mais il ne l'est pas en tant que productif d'obligations. Le vendeur, en même temps qu'il devait transférer la propriété de la chose, devait aussi en procurer la libre possession et garantir ou indemniser son acheteur de toute éviction; or, s'il ne peut pas accomplir le premier devoir, il pourra quelquefois accomplir le second, et toutes les fois qu'il le pourra légalement et licitement, il est clair qu'il sera tenu de le faire. Le vendeur, en un mot, s'il ne peut pas pour le tout remplir son rôle de vendeur et tenir ses engagements, doit du moins le faire dans les limites où le droit et la morale le lui permettent. Or c'est cette règle, dont nous aurons à déduire ultérieurement plus d'une consé-

quence, qui empêchera quelquefois le vendeur d'invoquer contre l'acheteur la nullité de l'acte par lui souscrit. Voyons dans quels cas il le pourra, dans quels autres il ne le pourra pas.

Quand la chose vendue n'a pas encore été livrée, le vendeur à qui l'acheteur vient demander la délivrance peut-il opposer la nullité de l'acte pour s'y refuser? Nous pensons qu'il le peut alors même qu'il aurait connu la vérité dès le moment de la vente. De ce qu'il a fait un premier acte illicite en vendant sciemment la chose d'autrui, ce n'est certes pas une raison pour qu'il en fasse un second en la livrant: l'acte étant contraire à la morale et à la loi, on ne saurait le contraindre à l'accomplir; son devoir, au lieu de livrer le bien à un tiers, est de s'entendre avec le propriétaire, soit pour le lui acheter et consolider ainsi sa propre vente, soit pour le restituer si celui-ci refuse de vendre, en offrant d'ailleurs au tiers tous les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus. Il est donc faux de dire, comme le font plusieurs jurisconsultes, notamment Delvincourt, que l'acheteur peut ici, comme en droit romain, forcer à faire la délivrance le vendeur qui s'y refuse en invoquant la nullité de la vente. A Rome, où la vente était valable, il est clair que le vendeur pouvait être contraint à livrer; mais aujourd'hui que cette vente est nulle, et que la délivrance faite sciemment est par conséquent un fait réprouvé par le droit et la morale, il est clair que le vendeur a le droit de s'y refuser; en opposant l'inexistence de la prétendue vente et en payant les dommages-intérêts. En vain on argumenterait ici de la bonne foi de l'acheteur; car, outre que cette bonne foi ne saurait être un motif, pour la justice, d'ordonner un fait illicite, et qu'elle donne seulement lieu à des dommages-intérêts qui sans elle ne seraient pas dus, l'acheteur d'ailleurs ne peut plus, après la défense du vendeur, continuer de parler de son ignorance et de la possession de bonne foi à laquelle il voudrait arriver au moyen de la délivrance qu'il demande, puisque cette défense même fait cesser cette ignorance et cette bonne foi, en

lui apprenant que la chose n'appartenait pas au vendeur. Le vendeur peut donc opposer la nullité tant que la délivrance n'est pas faite et pour se refuser à cette délivrance. Mais pourrait-il l'invoquer aussi, une fois la chose livrée, pour se faire rendre cette chose? Nous ne le pensons pas. D'une part, en effet, le vendeur ne saurait jamais évincer l'acheteur, lui qui est obligé de le garantir et de l'indemniser de l'éviction venant d'un autre : *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio;* et, d'un autre côté, la nullité de la vente ne lui donne aucune action contre cet acheteur, puisque si cette nullité fait que la chose n'appartient pas à l'acheteur, elle ne fait pas qu'elle appartienne au vendeur ; le véritable maître a seul conservé la propriété, et lui seul dès lors peut agir pour se faire rendre le bien. Le vendeur ne peut donc pas agir ici ; et quant à son devoir envers le propriétaire, il consiste alors, non plus à rendre la chose, en cas de refus de vendre (car il s'est enlevé ce moyen de réparation en livrant cette chose), mais seulement à l'avertir, afin que, dans ce même cas de refus de vendre, ce propriétaire agisse lui-même par une éviction dont lui, vendeur, indemnisera l'acheteur. Nous arrivons donc à dire, comme M. Zachariæ, que le vendeur ne peut opposer efficacement la nullité de la vente que par voie d'exception, jamais par voie d'action, malgré l'idée contraire de M. Duvergier et d'un arrêt de la Cour de cassation.

III.—Quant à la durée de l'action en nullité, tout le monde reconnaît bien que le propriétaire peut agir à toute époque, tant que sa chose n'a pas été acquise par prescription ; mais que faut-il dire de l'acheteur à l'égard du vendeur? L'arrêt précité, et, comme lui, M. Troplong (n° 239) et M. Duvergier (n° 221), admettent comme chose évidente et toute simple que l'action s'éteindrait par dix ans à compter du jour de la vente, par application de l'art. 1304. Mais c'est une double erreur. D'une part, en effet, quand même l'action serait prescriptible par dix ans, les dix ans ne pourraient du moins courir que du jour où l'acheteur a découvert que la chose n'appartenait

pas au vendeur, et non pas du jour du contrat; comme ils ne courent, en cas d'erreur, que du jour où cette erreur est découverte, aux termes mêmes de cet art. 1304. Mais, d'un autre côté, l'art. 1304 n'est pas applicable, puisqu'il n'est écrit que pour les actes annulables et qu'il s'agit de faire briser, tandis qu'ici l'acte est radicalement et légalement inexistant, comme on l'a vu plus haut. L'acheteur ne demandera pas à faire annuler la vente ; il fera constater et reconnaître que, la chose n'appartenant pas au vendeur, la translation de propriété n'a pas été possible, et que par conséquent son obligation, à lui acheteur, n'a jamais existé faute de cause (art. 1304, nº IV).

IV. — La circonstance que la vente n'est en droit qu'une apparence sans réalité n'empêche pas, bien entendu, que l'acheteur de bonne foi mis en possession ne gagne les fruits (art. 549) et ne prescrive la chose, par dix ou vingt ans si c'est un immeuble (art. 2245), à l'instant même si c'est un meuble et qu'il ne soit ni perdu ni volé (art. 2279). On s'étonne qu'il se soit trouvé des esprits assez peu droits pour voir là matière à objection et soutenir qu'il n'est pas exact de dire la vente nulle, puisqu'elle produit des effets, à savoir, le droit à des dommages-intérêts, le gain des fruits et le bénéfice de la prescription ! Sans doute la vente est nulle en droit, mais *les faits* qui la constituent, l'accompagnent ou la suivent, ne sont pas nuls et peuvent produire des conséquences. Des dommages-intérêts sont dus, non parce qu'il y a une vente, mais parce qu'il existe un fait blâmable et dommageable dont l'auteur doit la réparation. Les fruits sont gagnés par le possesseur, non parce qu'il y a vente, mais parce que ce possesseur est de bonne foi et que la bonne foi fait gagner les fruits : s'il y avait vente et que l'acheteur fût ainsi propriétaire, ce n'est pas par l'effet de sa bonne foi et comme faveur qu'il gagnerait les fruits, ce serait comme conséquence de son droit de propriété. Enfin la prescription, même celle de dix et vingt ans, court à son profit, non parce qu'il y a vente, mais parce qu'il y a chez lui bonne foi et titre apparent ; s'il y

avait vente, il serait propriétaire et n'aurait dès lors pas besoin de prescription.

Nous disons qu'en fait de meubles non perdus ni volés, l'acheteur de bonne foi serait immédiatement propriétaire. Mais ce ne serait toutefois qu'autant qu'il le voudrait bien ; car si cet acheteur, ne voulant pas user d'un tel moyen d'acquisition, préférait demander à son vendeur la restitution du prix en rendant la chose, celui-ci ne pourrait pas s'y opposer : la prescription n'est qu'une faculté pour cet acheteur, qui ne peut pas être contraint à s'en servir contre le cri de sa conscience. Nous supposons ici, du reste, que le vendeur était de mauvaise foi ; car si lui-même avait ignoré que la chose fût à autrui, c'est lui-même dès lors qui aurait été déjà propriétaire au moment de la vente ; c'est chez lui, non chez l'acheteur, que la prescription aurait fait naître le droit de propriété, et il pourrait par conséquent dire à l'acheteur : c'est ma chose que je vous ai vendue, non la chose d'autrui ; s'il y a quelque chose d'indélicat dans la prescription, c'est ma conscience qui en est chargée, non la vôtre, et vous ne pouvez dès lors pas vous plaindre.

V.—Nous avons vu que le vendeur de la chose d'autrui est tenu de remplir son rôle de vendeur et les conséquences qui en découlent, autant qu'il lui est légalement possible de le faire. Si donc, postérieurement à la vente, il devient, par une cause quelconque, propriétaire du bien vendu, ou si plus généralement les deux qualités de vendeur et de propriétaire viennent à se réunir sur la même tête (parce que le vendeur devient l'héritier du propriétaire, ou *vice versâ*), le vendeur se trouve immédiatement dans l'obligation de transférer à l'acheteur la propriété de la chose ; et comme dans notre droit l'obligation de transférer la propriété s'accomplit *ipso jure* à l'instant même où elle naît, d'après l'art. 1138, il s'ensuit que la propriété, aussitôt qu'elle a reposé sur sa tête, passe immédiatement sur celle de l'acheteur. La vente devient donc, à partir de ce moment, parfaitement valide, et se

trouve désormais, malgré l'idée contraire de M. Zachariæ (II, p. 502), à l'abri de toute critique, soit du vendeur, soit de l'acheteur. C'est là une décision qui, si elle a été généralement mal motivée, est du moins admise par la majorité des auteurs comme par les arrêts, et c'est par erreur qu'on a écrit que la jurisprudence, en l'admettant pour le vendeur (pour qui elle est, en effet, évidente, puisqu'il serait absurde d'accorder l'éviction à celui précisément qui est tenu de l'empêcher), la repoussait quant à l'acheteur : c'est au contraire contre des acheteurs, précisément, que les trois arrêts qui jugent la question ont prononcé la validité de la vente dans ce cas.

Quant aux deux arrêts que M. Zachariæ invoque à l'appui de sa doctrine (Rej., 16 janv. 1810 ; Riom, 30 nov. 1813), ils lui sont plutôt contraires que favorables, car ils décident seulement que l'acquisition de la propriété par le vendeur n'empêche plus l'acheteur de faire proclamer la nullité, quand son action en nullité *était déjà intentée* au moment où cette acquisition est faite. Et cette solution est exacte, quoi que disent Delvincourt (t. III) et M. Duvergier (I, 210). C'est évident, puisque, l'acheteur n'étant pas encore devenu propriétaire au moment où il a intenté son action en nullité, et prouvant par cette action qu'il entend répudier tous les effets que la convention pourrait avoir, la propriété ne saurait lui être acquise ultérieurement : on ne devient pas propriétaire malgré soi. Le fait, par l'acheteur, d'intenter l'action en nullité empêche donc la propriété, que le vendeur acquiert ensuite, de passer de la tête de celui-ci sur la sienne, et la vente reste dès lors nulle, comme elle l'était *ab initio*. L'objection que l'on veut tirer de l'art. 1655, d'après lequel l'action en résolution intentée par un vendeur pour défaut de payement du prix se trouve arrêtée par le payement que l'acheteur effectue ensuite (payement pour lequel le juge peut même lui accorder un délai), n'a aucune espèce de valeur. Alors, en effet, il s'agit de résoudre, de briser une vente existante ; l'acheteur a déjà la propriété et il s'agit de la lui enlever ; si

donc cet acheteur fait disparaître, en payant, la cause pour laquelle on allait lui retirer le droit dont il est investi, ce droit lui reste. Ici, au contraire, la vente n'existe pas, l'acheteur n'est pas propriétaire, et comme, en demandant lui-même à faire proclamer la nullité, il renonce à le devenir, il s'ensuit que la propriété acquise ensuite par son vendeur n'arrive pas sur sa tête, et la nullité dès lors subsiste et doit être proclamée. Si donc il faut reconnaître, avec Delvincourt et M. Duvergier, que le motif donné par les deux arrêts ci-dessus, et aussi par M. Duranton (X, 438), n'est pas concluant, la solution de ces arrêts est au contraire parfaitement exacte.

VI.—De même que l'acheteur ne peut plus agir en nullité quand son vendeur acquiert la propriété de la chose avant l'action intentée, de même il ne le peut plus, et la vente devient valable, quand le vrai propriétaire vient ratifier l'acte. Mais, ici encore, il faut que la ratification précède l'action de l'acheteur, sans quoi celui-ci resterait libre, comme ci-dessus, de faire proclamer la nullité. En effet, tant que l'acheteur, qu'il sache ou qu'il ignore que la chose est à autrui, n'invoque pas la nullité de l'acte, il entend donc conserver la chose et en avoir la propriété, d'où la conséquence que, quand le vrai propriétaire vient déclarer qu'il ratifie la vente et cède sa propriété à l'acheteur, il y a concours des deux volontés, et la propriété se trouve ainsi transmise au possesseur à partir de ce moment. Nous disons *à partir de ce moment;* car il est bien évident que ce n'est pas là une ratification proprement dite, venant *confirmer* l'acte et en assurer l'effet *rétroactivement*, à compter du jour même de sa date : on ne peut pas confirmer une vente légalement inexistante. Le second acte n'est donc, sous le nom impropre de ratification, que la cession même de la chose, et c'est à partir de sa date, sans aucune rétroactivité, que l'acheteur est propriétaire. — Mais quand le propriétaire ne vient ratifier qu'après l'action en nullité déjà intentée par l'acheteur, cet acheteur n'ayant plus la volonté de conserver la chose, au moment où

le propriétaire manifeste celle de la lui attribuer, le concours des volontés n'existe plus et la ratification reste sans effet.

On comprend, au surplus, que cette inutilité, soit de la ratification dans ce second cas, soit de l'acquisition faite par le vendeur, dans le cas précédent, est purement facultative pour l'acheteur, qui peut, à son gré, ou continuer son instance en déclaration de nullité, ou dire qu'il la retire et entend conserver la chose. C'est évident, puisque le seul élément qui manque, dans les deux cas, pour qu'il y ait une vente valide, c'est la volonté de cet acheteur de devenir propriétaire de la chose.

N. B. — Il est clair que tout ce qui vient d'être dit sous cet article ne s'applique pas au contrat par lequel Pierre déclarerait, non pas vendre et transmettre ainsi en propriété la chose de Paul, mais seulement se porter fort de faire avoir cette propriété : ce serait alors un contrat parfaitement valable, produisant pleinement le seul effet qu'il se propose, c'est-à-dire la simple *obligation* pour Pierre de faire avoir à l'autre partie la propriété de la chose de Paul, obligation qui, en cas d'inexécution, se réduirait à des dommages-intérêts. Et alors même que Pierre n'aurait pas eu soin d'expliquer qu'il entend seulement se porter fort de faire obtenir la chose, non pas la transmettre lui-même immédiatement, et qu'on se serait servi des mots *vendre* et *acheter*, si pourtant il était expliqué dans l'acte que c'est de la chose d'autrui qu'il s'agit, c'en serait assez pour faire comprendre la vraie pensée des parties, et on devrait voir là, non pas une véritable vente de la chose, mais la promesse de la faire avoir. Le stipulant ne pourrait donc pas, comme au cas de vente de la chose d'autrui, agir immédiatement en nullité et en dommages-intérêts ; il serait tenu de laisser au promettant le délai nécessaire pour obtenir la cession à faire par Paul, et de prendre cette chose en payant le prix convenu, quand cette cession interviendrait.

Voy. autorités sur art. 1488.

[ARTICLE 1487.]

Conférence sur le C. N., (*Anonyme*), *p.* 13 *et s.* } XVIII (1599). "La vente de la chose d'autrui, encore qu'elle soit qualifiée telle dans le contrat, est nulle, et n'est point obligatoire. Cependant le vendeur sera toujours obligé à la restitution du prix avec les intérêts."

Le C. *Treilhard* demande le retranchement de ces mots *qualifiée telle*, parce que l'esprit de l'article est de prononcer la nullité de la vente dans tous les cas.

Le C. *Tronchet* dit que le droit romain valide ces sortes de ventes, pourvu qu'il soit prouvé que le vendeur n'ignorait pas que la chose ne lui appartenait pas. De cette condition naissaient des questions très-difficiles à résoudre. On a voulu les prévenir par ces mots *qualifiée telle dans le contrat.* On a voulu également écarter les subtilités du droit romain, car il est ridicule de vendre la chose d'autrui.

Le C. *Berlier* dit que la vente de la chose d'autrui est indubitablement nulle, soit qu'on l'ait ou non *qualifiée telle*, et qu'ainsi le retranchement de ces mots est très-justement demandé, en ce que cette circonstance ne peut influer sur la validité ou l'invalidité du contrat.

Mais il est un point de vue ultérieur sous lequel la distinction devient utile et raisonnable; c'est pour régler les suites de l'inexécution.

Si le vice a été énoncé, il suffira sans doute que le prix soit restitué à l'acheteur avec intérêt, car il y a eu faute commune, ou, en tous cas, celui-ci a sciemment couru la chance.

Mais si le vice n'a pas été énoncé, le vendeur qui a surpris la bonne-foi de l'acquéreur, lui doit des dommages-intérêts.

C'est ce que l'article devrait dire au lieu de ce qui y est exprimé.

Le C. *Defermon* observe qu'il peut arriver cependant qu'une mere tutrice, pour libérer ses mineurs de la maniere la moins onéreuse, vende des propriétés qui lui sont communes avec eux, en leur réservant des propriétés plus utiles; qu'a-

lors il serait contre l'intérêt des mineurs de déclarer nulle une semblable vente.

Le C. *Tronchet* répond que cette mere n'a point vendu la chose d'autrui, puisque sa qualité de tutrice lui donnait le droit de vendre les biens du mineur, en garantissant la vente.

Le consul *Cambacérès* craint que le principe que la vente de la chose d'autrui est nulle, n'embarrasse dans beaucoup de cas, s'il est posé d'une maniere trop absolue. Cette raison détermine le Consul à penser qu'il convient de laisser subsister la disposition du droit romain, pour l'hypothese où la chose vendue n'a pas été annoncée dans le contrat comme appartenant à un tiers ; qu'ainsi l'article peut être adopté tel qu'il est rédigé.

Le C. *Tronchet* dit que le propriétaire qui n'a point exprimé qu'il vendait la chose d'autrui, doit être réputé n'avoir pas su cette circonstance ; mais que celui qui l'a énoncé, s'est soumis à des dommages-intérêts quoique la vente soit nulle.

Le consul *Cambacérès* demande s'il les doit, même lorsque la chose a péri ?

Le C. *Tronchet* répond que la perte de la chose ne change rien à l'engagement du vendeur, car dès le principe, il était dans l'impuissance de livrer la chose vendue ; or, c'est de cette impuissance, qui rendait le contrat inexécutable, que naît l'obligation de payer des dommages-intérêts.

Le C. *Treilhard* dit que tant que la chose existe, il est absolument possible de la livrer, mais que cette possibilité cesse lorsque la chose périt, et qu'alors il faut se régler suivant les circonstances, ainsi qu'il est expliqué au titre *des Contrats et des Obligations conventionnelles en général.*

L'article est adopté.

Observations du Tribunat.

Cet article, à raison de sa rédaction, a présenté beaucoup de difficultés. La section en approuve bien le principe qui déroge à ceux du droit romain, d'après lequel on pouvait vendre la chose d'autrui, même quoique le vendeur et l'acheteur le

connussent, en sorte que l'acheteur pourrait demander la chose si elle était au pouvoir du vendeur, ou des dommages-intérêts, s'il ne pouvait la livrer. Mais néanmoins elle a pensé que la disposition de l'article ne devait pas avoir lieu, si l'acquéreur ignorait que la chose vendue n'appartenait pas à son vendeur ; et pour que la vente ne produise aucune sorte d'obligation, il faut qu'il soit prouvé que le vendeur et l'acheteur savaient également que la chose appartenait à autrui.

C'est dans ces vues que la section propose la rédaction suivante :

" La vente de la chose d'autrui, encore qu'elle soit qualifiée telle dans le contrat, est nulle, et n'est point obligatoire, sauf les dispositions relatives à la non-délivrance et à l'éviction en faveur de l'acquéreur de bonne-foi : néanmoins, dans tous les cas, le vendeur sera tenu de la restitution du prix payé avec les intérêts."

---

* 1 *Troplong*, *Vente*, *n*os 230-1-6-7. } 230. La subtilité du droit romain popularisé en France par Pothier, avait fait décider que l'objet précis du contrat de vente n'était pas de rendre l'acheteur propriétaire, mais seulement de l'en mettre en possession, et de le défendre de tous troubles et évictions.

De cette théorie, on concluait que la vente de la chose d'autrui était permise. Car, le contrat de vente ne consistant pas dans la translation de la propriété, il suffisait, pour qu'il fût valable, que le vendeur se fût obligé à faire avoir la chose ; et il atteignait ce but, soit en l'achetant lui-même du véritable propriétaire, soit en obtenant de ce dernier qu'il consentît à la vendre à l'acquéreur. En cas de refus du propriétaire, comme l'obligation consentie par le vendeur était d'un fait licite et possible en soi, elle se résolvait en dommages et intérêts.

231. Nous avons démontré ailleurs que le Code Napoléon, plus conforme au droit naturel que le droit romain et l'ancien droit français, a entendu que la vente ait désormais pour

effet précis de transporter la propriété. Or, pour transporter la propriété d'une chose, il faut soi-même être propriétaire, car *nemo plus juris ad alium tranferre potest quàm ipse haberet.* La vente de la chose d'autrui n'est donc plus compatible avec le nouveau système du Code Napoléon, et notre article la déclare nulle. *Il est ridicule*, disait M. Tronchet, *de vendre la chose d'autrui*, et M. Grenier, entrant tout à fait dans le vif de cette théorie si raisonnable; ajoutait, comme organe du Tribunat : " *Le but unique de la vente doit être* LA TRANSMISSION " D'UNE PROPRIÉTÉ. Or la vente d'une chose qui n'appartient " pas au vendeur ne peut être le germe d'une transmission " de propriété."

La vente de la chose d'autrui est donc nulle dans tous les cas, soit que les parties aient su ou non que le vendeur n'en était pas propriétaire. Néanmoins, si l'acquéreur a ignoré cette circonstance, s'il a été trompé, notre article lui donne dans ce cas une action en dommages et intérêts. Mais s'il a su que la chose n'appartenait pas à son vendeur, ou si le vice a été dénoncé, il n'a aucun droit pour élever des plaintes ; car il y a faute commune, il a été de mauvaise foi de même que le vendeur. " Malæ fidei emptor est, dit Cujas, qui scit " rem quam emit non esse vendentis." Du reste, nous verrons au nº 481 si, lorsqu'il a payé le prix, et qu'il se trouve évincé, la loi ne lui accorde aucune action en répétition.

Quid si le vendeur a ignoré qu'il ne fût pas propriétaire ? Son ignorance le dispense-t-elle de payer des dommages et intérêts ?

D'abord, reconnaissons qu'il ne faut pas dire, avec M. Tronchet, " que le propriétaire qui n'a pas exprimé qu'il vendait " la chose d'autrui *doit être réputé n'avoir pas su cette circon-* " *stance;* " nul n'est censé ignorer l'état de ses affaires, de son patrimoine, de l'ensemble de ses droits. A moins d'indices contraires, on doit toujours supposer que celui qui a vendu une chose qui ne lui appartient pas savait qu'il n'en était pas propriétaire.

Mais s'il est prouvé qu'il a été dans l'erreur, son ignorance

sera-t-elle une excuse pour qu'il ne paie pas de dommages et interêts ? L'affirmative semblerait résulter de l'opinion de M. Tronchet, qui, à la suite du passage que nous venons de citer, ajoutait : " Mais celui qui l'a énoncée *s'est soumis à des " dommages et intérêts*, quoique la vente soit nulle."

Mais si tel a été le sentiment de M. Tronchet (ce que je n'oserais affirmer), je le repousse comme une erreur. La précipitation du vendeur à ne pas s'enquérir de ses droits est une faute lourde, dont il est responsable, quand elle a porté préjudice à autrui. Outre l'art. 1630, que nous examinerons plus bas, la loi 39, § 3, au Dig. *De evict.*, est formelle. Julien y prévoit le cas où un individu a vendu par erreur (*ignorans*) comme esclave un homme libre, et il décide qu'il est responsable envers l'acheteur. Il y a ici une raison *à fortiori* pour décider ainsi. Car l'erreur sur un droit de propriété est moins excusable que l'erreur sur une qualité de la chose.

236. Tout n'est donc pas radicalement inefficace dans la vente de la chose d'autrui.

On doit même décider que si, avant que la nullité de la vente soit demandée, la propriété vient à se consolider sur la tête du vendeur, soit parce qu'il a acheté la chose, soit parce qu'il en hérite du véritable propriétaire, la vente se trouve validée. La raison et l'équité, conformes en ceci aux textes les plus positifs, conduisent inévitablement à ce résultat. Serait-ce, en effet, l'acheteur qui pourrait se plaindre ? Mais la cause du trouble a disparu. Il n'a plus pour adversaire possible que son vendeur, qui est précisément tenu à le garantir et à le faire jouir, et qui désormais a tous les moyens de prêter main-forte au contrat. Les réclamations de l'acheteur seraient donc sans objet. Il demanderait, sans grief, une nullité qui n'est pas d'ordre public et dont la cause a disparu. Serait-ce le vendeur qui argumenterait du vice originaire de la vente ? Mais il ne saurait être admis à ébranler son propre fait ; comme garant, il serait repoussé dans une action qui aboutirait à l'éviction de celui qu'il doit défendre. D'ailleurs, il est évident qu'en acceptant l'événement qui consolide la

propriété sur sa tête, il ratifie les actes dont elle a été l'objet entre ses mains. Sous une législation aussi équitable que la nôtre, on ne conçoit pas la rigueur et la subtilité catoniennes qui voudraient pousser la nullité portée dans notre article jusqu'au point de la faire survivre à l'anéantissement de la cause dont elle serait le produit. Cette exagération serait destructive de la bonne foi et de la stabilité des contrats.

La vente est également validée si le véritable propriétaire vient à hériter *ex post facto* du vendeur. On trouvera dans mon commentaire sur les hypothèques les preuves solides de cette proposition. Ainsi l'acquéreur conservera la chose sans craindre une éviction, ou même, s'il n'a pas été mis en possession, il pourra exiger de l'héritier qu'il lui en fasse délivrance.

Si le vendeur, étant devenu propriétaire par un moyen légal, vend à un tiers l'immeuble qu'il avait déjà aliéné au profit d'un premier acquéreur à une époque à laquelle il n'était pas investi du domaine de la chose, ce premier acquéreur sera préféré au second. La consolidation de la propriété sur la tête du vendeur a purgé, de plein droit, le vice originaire de la vente. L'acquéreur premier en date est devenu acquéreur incommutable. La vente que son auteur a passée ensuite à un nouvel acheteur est un acte qui ne saurait lui être opposé, en vertu de la règle : *Nemo in alium transferre potest jus quod ipse non habet.*

237. On peut aussi ratifier la vente de la chose d'autrui ; car elle n'est pas tellement nulle qu'elle ne puisse servir de base à une ratification. Citons un arrêt de la cour de Riom, qui juge ce point de droit dans une espèce remarquable.

Amblard vend, en 1808, à Desribes, une maison appartenant à sa femme à titre paraphernal. Le 28 juin 1822, la femme Amblard ratifie cette vente, voulant qu'elle ait le même effet que si elle avait été consentie par elle. Mais Desribes refuse cette ratification, et demande la nullité de la vente, en se fondant sur l'art. 1599 du Code Napoléon.

Sa prétention, accueillie par les premiers juges, fut re-

poussée par la cour impériale, qui pensa qu'il ne pouvait refuser une ratification faite dans son unique intérêt, pour consolider son acquisition et en rendre le titre inattaquable.

Cette décision est juste. Desribes n'aurait pu arguer du défaut de consentement de la femme qu'autant que sa plainte en nullité aurait précédé la manifestation de la volonté de celle-ci. Mais au moment où sa résistance prit naissance, il y avait déjà eu concours des trois volontés du mari, de l'épouse et de l'acquéreur. Ce dernier avait pris possession et joui ; son repentir était donc tardif.

Lorsque le consentement du véritable propriétaire vient purger la vente du vice dont elle était infectée, sa ratification ne produit pas d'effet rétroactif. La vente ne vaut, à l'égard des tiers, que du jour où sa volonté est venue s'ajouter au contrat qui en était dépourvu. Car, à vrai dire, ce n'est que dès cet instant qu'il y a vente. Ainsi, par exemple, si le véritable propriétaire vend la chose avant de donner sa ratification à l'aliénation qui m'en a été faite *à non domino*, son acquéreur me sera préférable. Car la rétroactivité serait ici une véritable fiction, et l'on sait que les fictions ne doivent jamais enlever aux tiers des droits qui leur sont acquis.

1488. [La vente est valide s'il s'agit d'une affaire commerciale, ou si le vendeur devient ensuite propriétaire de la chose.]	1488. [The sale is valid if it be a commercial matter, or if the seller afterwards become owner of the thing.]

Voy. *Marcadé*, cité sur art. 1487.

Statuts de Québec de 1879, 42-43 *Vict.*, *ch.* 18. } Acte concernant le contrat de nantissement.

Attendu que des doutes se sont élevés sur le droit que pos-

sède un créancier qui a reçu un gage en cette province, d'être maintenu dans la possession du gage, à l'encontre du propriétaire, lorsque le gage a été reçu de bonne foi, d'un commerçant trafiquant en semblables matières et qu'il est important de faire disparaître ces doutes, En conséquence, Sa Majesté, etc., décrète ce qui suit :

1. Les articles 1488, 1489 et 2268 du Code civil, s'appliquent au contrat de nantissement.

2. Cet acte viendra en force le jour de sa sanction.— Sanctionné le 31 octobre 1879.

---

* 1 *Troplong*, *Vente*, *n*° 232. } Le principe que la vente de la chose d'autrui est nulle n'est pas applicable aux matières de commerce. Comme le disait M. Béranger au conseil d'Etat, il arrive très souvent dans le commerce qu'on vend par courtier des marchandises dont on n'est pas propriétaire. M. Grenier, orateur du Tribunat, faisait aussi remarquer que la disposition de l'art. 1599 *ne doit pas s'appliquer aux objets qui sont la matière des transactions commerciales*, *et qu'il est au pouvoir et dans l'intention du vendeur de se procurer.*

En effet, le but du commerce est de mettre la marchandise en circulation ; la chose d'autrui y est toujours vénale, et c'est seconder l'activité des transactions, et se rendre auxiliaire du propriétaire négociant, que de lier des marchés qui favorisent le débit de ce qui est dans ses magasins. D'ailleurs, en vendant des marchandises qui appartiennent à un autre négociant, on est toujours censé s'être chargé de les acheter pour les livrer.

---

2 *Bravard-Veyrières*, *Dr. com.*, *p.* 400, *p.* 416, (*Contrà*). } Le contrat de vente constitue un acte de commerce, au moins de la part de l'acheteur, lorsque celui-ci, en achetant des denrées ou des marchandises, se propose de les revendre soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en

œuvre, ou même d'en louer simplement l'usage (C. de comm., art. 632). Dans ces conditions, en effet, l'acheteur *spécule*; or, faire le commerce, c'est spéculer. Et, par conséquent, pour que le contrat soit également commercial de la part du vendeur, il faut et il suffit, en général, que de son côté aussi il y ait *spéculation*.

P. 416. L'art. 1599 du Code Napoléon constitue, il faut bien le reconnaître, une erreur indigne du législateur. Si, aux termes de cet article, je ne puis pas vous vendre la chose de Paul, je puis cependant très-bien, aux termes de l'art. 1120, me porter fort que Paul vous vendra sa chose. En définitive, ce n'est plus qu'une affaire de mots. Mais l'application dont l'art. 1599 est susceptible en matière civile, pouvons-nous l'exclure en matière commerciale ? C'est ce qu'il m'est impossible d'admettre. Les juges qui croiraient devoir prononcer la nullité d'une vente pour se conformer à l'art. 1599 ne devraient pas distinguer suivant qu'il s'agit d'une vente commerciale ou d'une vente civile (1).

(1) En général, ceux qui disent que l'art. 1599 n'est pas applicable en matière commerciale n'arrivent à le dire que par suite d'une confusion. Les uns partent de l'idée que la vente commerciale a toujours pour objet des quantités, des choses considérées *in genere*. Telle paraît être l'idée du tribun Grenier : " Il est aisé de comprendre, dit-il, qu'on ne peut appliquer cette disposition législative aux objets qui font la matière des transactions commerciales, et qu'il est au pouvoir et dans l'intention du vendeur de se procurer " (*Discours prononcé au Corps législatif*). Telle est aussi l'idée de M. Alauzet, qui s'exprime ainsi : " Les auteurs du Code Napoléon ont voulu que la présomption établie par l'art. 1599 dans les ventes civiles ne s'étendît pas aux ventes commerciales... : il eût été choquant de présumer que la convention n'avait pas été sérieuse, en ce qui concerne *les marchandises*, qui sont perpétuellement en vente, qui n'existent que pour être achetées et revendues..." (*Commentaire*, t. II, p. 107, n. 586). Sans doute, dès que la vente a pour objet des choses considérées *in genere* et non un corps certain, il ne peut plus être question d'appliquer l'art. 1599; mais cela est aussi vrai en matière civile qu'en matière commerciale : peu importe que l'acheteur ait l'intention de consommer ou l'intention de revendre...

D'autres interprètes font intervenir ici la maxime de l'art. 2279 du

1 *Alauzet*, *Comm.*, *Cod. de Comm.*, *n°* 119 *et s.* } 119. "Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'ont pas prohibé l'aliénation" (C. civ., art. 1598).

Nous n'avons pas besoin de dire qu'il ne peut y avoir à cet égard de principe à établir. Il n'existe que des défenses positives, créées par des textes formels, et en tout temps ces prohibitions peuvent, au gré du législateur, être étendues ou restreintes.

On peut dire également que le débit de certaines denrées ou marchandises n'est permis qu'à certaines personnes ou sous certaines conditions.

120. "La vente de la chose d'autrui, dit le Code civil, est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui" (C. civ., art. 1599).

L'art. 1599, C. civ., d'un commun accord, n'est pas applicable en matière commerciale, où les ventes de la chose d'autrui sous le nom de marchés à terme ou de ventes à livrer sont d'un usage extrêmement fréquent; quelques explications sont néanmoins nécessaires.

Code Napoléon : "Le Code de commerce, dit M. Bédarride (n. 21), n'a nulle part abrogé la règle que la vente de la chose d'autrui est nulle. Cependant on n'a jamais prétendu l'appliquer à la vente commerciale. Cette inapplicabilité résultait de la spécialité de l'art. 1599, ne régissant que les ventes immobilières. On sait, en effet, que, même en droit commun, en fait de meubles la possession valant titre, la vente de la chose dont le vendeur ne serait pas propriétaire serait valable, la revendication n'étant admise qu'en cas de perte ou de vol. Or, les achats et ventes commerciaux n'auront jamais pour objet que des choses ou des valeurs mobilières; et la raison pour les placer sous l'empire de la disposition de l'art. 2279 était bien plus décisive encore: ce qui était pure convenance en droit commun était en commerce une invincible nécessité..."— Il est absolument faux de conclure de la maxime : *En fait de meubles possession vaut titre* que l'art. 1599 régit exclusivement la vente immobilière. A ce point de vue encore, en droit il n'y a point de différence entre les matières civiles et les matières commerciales (CH. DEMANGEAT).

Le contrat de vente, suivant les anciens principes, n'avait d'autre effet que de créer une obligation contre le vendeur et de donner une action à l'achèteur contre lui ; la tradition effective ou virtuelle était nécessaire pour transmettre la propriété.

Suivant les principes établis par l'art. 1583, C. civ., la propriété de la chose vendue, au contraire, est transférée du moment que les contractants sont convenus de la chose et du prix ; le contrat donne à l'acheteur un droit réel sur la chose.

Suivant les anciens principes, il importait peu que le vendeur fût propriétaire ; l'obligation évidemment existait dans tous les cas : l'exécution pouvait être plus ou moins facile ; mais, en droit, comment admettre que, si l'obligation est pure et simple, nullement conditionnelle, elle devra, pour être parfaite, avoir besoin d'un autre appui que le libre consentement de deux personnes capables ?

Suivant les principes du Code civil, du moment que la vente doit avoir pour effet de transporter la propriété, de créer un droit réel, si le vendeur n'est pas propriétaire, si la chose qui fait l'objet du contrat est à autrui, il est évident que le contrat est nul, en tant que *vente ;* mais rien évidemment ne rendait nécessaire qu'il fût nul, en outre en tant qu'*obligation.* Il n'y a pas vente, puisque le vendeur ne peut transférer la propriété ; il peut y avoir obligation et contrat innomé. Ce fait peut se produire de nos jours encore, quand il y a promesse de vente.

Toutefois, si l'acheteur a su que la chose vendue n'appartenait pas au vendeur, que la propriété ne pouvait lui en être transférée par la convention, la disposition formelle de l'art. 1599 établit la présomption légale qu'il n'a pas fait une convention sérieuse ; qu'il n'a voulu ni acquérir un droit réel sur la chose, ni une action contre le vendeur. Le législateur qui venait de créer un principe nouveau, dont les règles étaient en opposition avec des traditions anciennes et respectables, qui pouvait être discuté et soulever des oppositions

peut-être, a cru nécessaire de le sanctionner de toutes les façons et de le pousser jusqu'à des conséquences extrêmes. Mais un texte très-formel, très-précis, était nécessaire pour qu'il fût possible de nier qu'il y eût de plein droit obligation et contrat innomé, s'il n'y avait pas vente; pour qu'il fût possible de dire que la vente de la chose d'autrui était nulle, si l'acheteur avait su cette circonstance, comme le serait la convention contraire aux bonnes mœurs ou à la loi. Le texte, toutefois, n'établit qu'une présomption et ne décide que faute par les parties de s'être expliquées : en effet, le Code civil prévoit et sanctionne la vente de la chose d'autrui, comme parfaitement légale et légitime, si les parties ont su que la chose vendue n'appartenait pas au vendeur, sous la dénomination un peu vague de marché ou d'entreprise de fournitures : dans ce cas, ainsi que le disent MM. Delamarre et Lepoitvin, avec qui nous sommes pleinement d'accord sur ce point, ce sera un contrat innomé ; mais la légitimité n'en est pas contestée, et, en réalité, ce ne sera pas autre chose qu'un contrat en tout semblable à un contrat de vente, suivant les anciens principes, que le Code civil a jugé à propos de renverser : nous ne discutons pas, encore une fois, le mérite de l'innovation ; mais le texte existe, il faut s'y soumettre, en ayant soin, toutefois, de préciser les circonstances où le législateur lui-même a déclaré qu'il ne serait pas applicable, et même en matière civile, nous venons de le voir, il permet aux parties d'y déroger.

121. La discussion au Conseil d'Etat et les paroles de l'orateur du Tribunat ont pris soin, en outre, dans cette occasion, de manifester de la manière la plus explicite l'intention des auteurs du Code civil ; ils ont voulu que cette présomption établie par l'art. 1599 dans les ventes civiles ne s'étendit pas aux ventes commerciales ; les principes qui régissent ce contrat n'en restent pas moins les mêmes, mais la convention sera valable comme contrat innomé ; il eût été choquant de présumer que la convention n'avait pas été sérieuse, en ce qui concerne les marchandises qui sont perpétuellement en

vente ; qui n'existent que pour être achetées et revendues ; l'intention présumée des parties, en matière commerciale, c'est qu'elles ont voulu déroger à l'art. 1599, C. civ.

En matière commerciale comme en matière civile, si, après avoir vendu 1,000 kilogrammes d'étain de Banca, ou bien, au contraire, fait tout autre marché purement civil, il m'est impossible de me procurer l'objet dont je suis débiteur, que restera-t-il donc à l'acheteur si ce n'est une simple action en dommages-intérêts ? En fait, le préjudice résultant de l'inexécution du marché existera plus souvent et sera plus facilement prouvé en matière commerciale qu'en matière civile ; en droit, qu'importe cette circonstance ? Où donc est la différence entre les effets du contrat innomé, que MM. Delamarre et Lepoitvin font résulter de la convention civile, et de la vente, qu'ils font résulter de la convention commerciale ?

Toutefois, nous le répétons bien haut, si l'explication que nous avons essayé de donner n'est pas admissible ; s'il y a, en effet, dans cette occasion, une différence entre le droit civil et le droit commercial, elle résulterait des déclarations explicites faites au Conseil d'Etat et au Tribunat, et nous admettons sans difficulté l'autorité de semblables interprétations ; elles sont pour nous le complément de la loi et s'identifient avec elle. Nous repoussons donc l'exemple tiré de l'art. 1599, comme démontrant que les règles établies par le Code civil ne doivent pas être appliquées en matière commerciale si le législateur n'y a dérogé.

Tous les auteurs, au reste, qui ont écrit sur le droit civil sont d'accord pour décider que l'art. 1599 n'est pas applicable aux ventes commerciales, parce qu'il y a présomption qu'il est toujours au pouvoir et dans l'intention du vendeur de se procurer les objets appartenant à autrui qui ont servi de base au marché.

1489. Si une chose perdue ou volée est achetée de bonne foi dans une foire, marché, ou à une vente publique, ou d'un commerçant trafiquant en semblables matières, le propriétaire ne peut la revendiquer sans rembourser à l'acheteur le prix qu'il en a payé.

1489. If a thing lost or stolen be bought in good faith in a fair or market, or at a public sale, or from a trader dealing in similar articles, the owner cannot reclaim it, without reimbursing to the purchaser the price he has paid for it.

---

* *C. N.* 2280. } Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.

Voy. *C. C. B. C.*, *art.* 2268 et autorités sur art. 1488.

---

* 4 *Pothier*, *Des cheptels*, *n°* 50. } 50. Il y a plus de difficulté à l'égard des bêtes qui ont été achetées de bonne foi, surtout lorsque c'est en foire ou marché public.

Plusieurs prétendent que le propriétaire des choses dérobées, tel qu'est dans notre espèce le bailleur du cheptel, ne peut se les faire rendre par un tel acheteur, qu'en lui rendant le prix qu'il a payé.

Cette opinion est ancienne : elle a été suivie par les coutumes de Beauvoisis, rédigées par Philippe de Beaumanoir en 1283.

Cette opinion a été pareillement suivie par les coutumes de Toulouse, rédigées par écrit en latin en 1285. Il y est dit

au titre *de Emptione venditione*. art. 3 : *Est usus et consuetudo Tolosæ, quod si aliquis emerit res mobiles in Tolosâ in carreriâ publicâ vel pro......... quod emptor debet recuperare pretium ab illo cujus res est, et qui petit rem, quamvis res sit furtiva.*

Cette opinion a été suivie par Godefroy, en ses notes sur la loi 2, Cod. *de Furt.*, par Coquille, sur l'art. 16 du titre des Cheptels de la coutume de Nivernais ; par Brodeau, sur l'art. 176 de la coutume de Paris, et par plusieurs autres.

Soefve, cent. 2, ch. 96, rapporte un arrêt du 9 décembre 1698, confirmatif d'une sentence du Châtelet, qui a condamné le propriétaire d'un diamant, à rendre à l'orfévre qui l'avait acheté de bonne foi dans sa boutique, le prix qu'il l'avait acheté. Il observe qu'il fut rendu contre les conclusions de M. Bignon.

Les moyens sur lesquels on se fonde pour autoriser l'acheteur de bonne foi à exiger la restitution du prix qu'il a payé, du propriétaire qui réclame sa chose, sont : 1° La bonne foi de l'acheteur, qui ne doit pas souffrir du vol qui a été fait de cette chose, auquel il n'a pas de part, ni par conséquent perdre le prix qu'il a payé.

C'est la seule raison sur laquelle paraissent se fonder les coutumes de Beauvoisis, suivant qu'il résulte du texte que nous en venons de rapporter. Cette raison n'étant pas suffisante, comme nous le verrons *infrà*, d'autres y ajoutent celle-ci, savoir, que celui qui a acheté en foire une chose dérobée, a procuré, en l'achetant, au propriétaire la faculté de la recouvrer, parce que si le voleur n'eût pas trouvé à la vendre, il l'aurait menée plus loin, où il aurait été beaucoup plus difficile, et souvent impossible au propriétaire de la recouvrer. Or, dit-on, cette faculté est quelque chose d'appréciable, et elle devient, lorsqu'elle est réduite à l'acte, de la valeur de la chose même.

La propriété d'une chose que conserve celui qui l'a perdue, ou à qui elle a été dérobée, est quelque chose qui est de nulle valeur, si elle n'est jointe à la faculté de la recouvrer. Si donc on m'a dérobé une chose de valeur de dix écus, je

souffre une diminution de dix écus dans mes biens, tant que je n'ai pas la faculté de la recouvrer : celui qui me procure cette faculté, fait rentrer dans mes biens cette valeur de dix écus, il m'enrichit de dix écus. Mais comme, en me procurant la faculté de recouvrer ma chose par l'achat qu'il en a fait, il lui en a coûté quelque chose, savoir : le prix qu'il a payé pour l'achat, je dois lui rendre ce prix, l'équité ne permettant pas que je sois enrichi à ses dépens : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento locupletari;* L. 206, ff., *de Reg. jur.*

En cela, dit-on, les choses mobilières sont différentes des héritages. Lorsqu'un propriétaire revendique son héritage sur un acheteur de bonne foi, qui s'en trouve en possession, il n'est pas obligé de lui rendre le prix de son achat; car mon héritage, dont j'ai perdu la possession, ne pouvant changer de place, on ne peut pas de même dire que l'achat que quelqu'un en a fait, m'a procuré ni même facilité le moins du monde la faculté de le recouvrer.

On tire aussi argument, pour cette opinion, de la loi 6, ff., *de Capt.*, où il est dit que celui qui avait racheté des barbares une captive, devait être remboursé du prix du rachat par le fisc, à qui cette captive appartenait et devait être rendue, ayant été condamnée, avant sa captivité, à travailler à perpétuité aux ouvrages publics.

Enfin, on fonde cette opinion sur la faveur des foires.

Cette faveur, dit-on, doit, pour y attirer un grand concours de vendeurs et d'acheteurs, procurer au commerce qui s'y fait, toutes les sûretés possibles ; et par conséquent les acheteurs doivent être assurés qu'en cas de réclamation des marchandises qu'ils y auront achetées, par ceux qui s'en prétendraient propriétaires, ils ne perdront pas le prix qu'ils auront payé ; et qu'ils ne seront tenus de les rendre, si on ne leur rend ce prix.

L'opinion contraire de ceux qui tiennent que le propriétaire peut revendiquer la chose, sans rendre le prix qu'elle a

coûté au possesseur, quoiqu'il l'ait achetée de bonne foi, et en foire ou marché public, a aussi beaucoup de sectateurs.

L'ancienne coutume de Bretagne, art. 199, a suivi cette opinion. Il y est dit : " Et posé qu'il les eût achetées en foire " ou marché, si celui qui auroit égaré ou perdu les marchan- " dises, les pouvoit prouver siennes, il les auroit ; et perdroit " l'acheteur ce qu'il auroit mis, sauf son recours sur celui " qui les auroit vendues."

Cette opinion est fondée sur plusieurs lois.

La loi 2, Cod. *de Furt.*, dit : *Incivilem rem desideras ut agnitas res furtivas non priùs reddatis quàm pretium fuerit solutum à dominis.* La loi 23, Cod. *de Rei vendic.*, dit pareillement : *Si mancipium tuum per vim vel furtum ablatum alii ex nullâ justâ causâ distraxerunt, vindicanti tibi dominium, solvendi pretii nulla necessitas irrogetur.* Ces lois sont dans l'espèce d'un acheteur de bonne foi : car, si l'acheteur eût été de mauvaise foi, il n'y aurait pas eu lieu à la question sur laquelle ont été consultés les empereurs. Elles décident en termes généraux, que cet acheteur n'est pas fondé à prétendre que le propriétaire qui revendique sa chose, doive lui rendre le prix, sans distinguer où il l'a achetée, si c'est dans une foire ou marché public, ou ailleurs.

La justice de la décision de ces lois est évidente. Le droit de propriété que je conserve de la chose qui m'a été dérobée, renferme essentiellement le droit de la revendiquer partout où je la trouve, et de me la faire rendre par celui qui s'en trouve être le possesseur ; et la loi naturelle, qui ne permet pas de retenir sciemment le bien d'autrui, oblige ce possesseur de me la rendre, lorsque je lui ai fait connaître qu'elle m'appartenait.

Au contraire, on ne peut assigner aucune cause d'où pourrait naître de ma part l'obligation de rendre au possesseur le prix qu'il a payé de ma chose à celui qui la lui a vendue : il n'est intervenu entre nous aucun contrat ni quasi-contrat d'où pourrait naître cette obligation. Le paiement qu'il a fait indûment de ce prix à celui qui lui a vendu ma chose, est

un fait qui ne peut obliger à la restitution de ce prix, que celui qui l'a reçu indûment, mais qui ne peut pas m'y obliger, parce que c'est un fait qui m'est absolument étranger.

Il est facile de répondre aux moyens allégués pour la première opinion.

A l'égard du premier, qui consiste à dire que l'acheteur ne doit pas perdre la somme qu'il a payée, parce qu'il n'est pas juste qu'il souffre du vol de cette chose, auquel il n'a pas eu de part, la réponse est que, s'il ne doit pas souffrir du vol qui m'a été fait, auquel il n'a pas eu de part, je ne dois pas non plus souffrir de la vente qui lui a été faite indûment de ma chose, ni du paiement qu'il a fait mal à propos du prix à celui qui la lui a vendue.—Or, si j'étais obligé de lui rendre ce prix, c'est moi qui souffrirais de cette vente, et du paiement qu'il a fait mal à propos ; choses dont je ne dois pas souffrir, n'y ayant pas eu de part. Au contraire, on ne peut pas dire qu'en ne lui rendant pas le prix, je le fais souffrir du vol qui m'a été fait ; car ce n'est pas le vol, mais c'est l'achat qu'il a fait de la chose volée, et le paiement qu'il a fait mal à propos, qui lui ont fait souffrir la perte de la somme d'argent qu'il a payée ; et bien loin que ce soit moi qui lui aie fait souffrir cette perte, c'est lui-même qui se l'est procurée par son propre fait, par le paiement qu'il a fait mal à propos.

Dans les demandes en revendication d'héritages, jamais un acheteur de bonne foi ne s'est avisé de prétendre que le demandeur qui a justifié de son droit de propriété, dût, pour lui faire délaisser cet héritage, lui restituer le prix qu'il a payé. Pourquoi l'acheteur d'une chose mobilière aurait-il plus de droit ?

A l'égard du second moyen, qui consiste à dire que le voleur eût emmené la chose plus loin, si elle n'eût pas été achetée ; que l'acheteur, par l'achat qu'il en a fait, ayant procuré au propriétaire la faculté de la recouvrer, le propriétaire doit le rembourser de ce qu'il lui en a coûté pour cet achat ; ce raisonnement pèche par le principe.

[ARTICLE 1489.]

Il est faux que ce soit l'achat que l'acheteur a fait de la chose qui m'a été volée, qui m'ait procuré la faculté de la recouvrer : j'avais cette faculté avant l'achat, et indépendamment de l'achat qu'il en a fait, puisque je pouvais la revendiquer entre les mains du voleur, ou de telle autre personne que ce soit qui la lui a vendue, de même qu'entre les siennes : c'est une chose très-incertaine où le voleur eût porté la chose, si elle n'eût pas été achetée. On ne peut donc pas assurer qu'il l'eût portée dans un lieu si éloigné qu'il m'eût été très difficile, ou même impossible de l'y suivre ; ce ne serait tout au plus qu'une conjecture, qui ne suffit pas pour fonder l'acheteur à répéter de moi le prix que ma chose lui a coûté.

Il en est autrement du cas auquel quelqu'un aurait racheté ma chose, qui avait été prise par des ennemis ou par des barbares. Il n'a fait, en la rachetant, que ce que j'eusse été obligé de faire moi-même pour la recouvrer; car j'eusse été moi-même obligé de la racheter de ces ennemis ou barbares, contre lesquels je n'avais pas d'action pour la revendiquer. Il est donc juste que je rende le prix du rachat à celui qui l'a rachetée. Cela répond au troisième moyen, tiré de la loi 6, ff. *de Capt. et postlim.*, et fait connaître la disparité entre le cas de cette loi, et celui de la question que nous traitons.

A l'égard de l'argument tiré de la faveur des foires, et de la sûreté qu'on doit procurer au commerce qui s'y fait, la réponse est, que cette sûreté ne concerne que le libre accès qu'on doit procurer aux marchands pour venir à la foire avec leurs marchandises, et pour s'en retourner; la prompte expédition des contestations qui pourraient s'élever sur les marchés qui s'y font, etc.

Mais cette sûreté ne doit pas aller jusqu'au point de dispenser ceux qui ont acheté dans la foire des choses volées, de les rendre au propriétaire, s'il ne leur rend le prix qu'elles leur ont coûté.

C'est la réponse que donne Menoch. *Præsumpt.* v, 29, 12. *Nundinæ sunt tutæ quoad accessum et recessum, et ne quis ali-*

quâ in eis molestiâ afficiatur; non tamen in eo sunt privilegiatæ, ut mercator non debeat cautè negotiari.

La faveur des foires n'est donc pas suffisante pour dispenser les acheteurs des choses volées de les rendre, si on ne leur rend le prix : il faudrait une loi précise qui les en dispensât.

Bien plus : plusieurs canonistes pensent que, même dans les lieux où il y aurait une loi qui autoriserait expressément ceux qui ont acheté en foire de bonne foi des choses volées, à s'en faire rendre le prix par les propriétaires des choses volées, ces acheteurs ne pourraient pas en conscience exiger des propriétaires cette restitution du prix ; parce que ces lois étant contraires à la loi naturelle, qui défend de retenir le bien d'autrui, elles ne doivent pas être suivies dans le for de la conscience. C'est le sentiment d'Hostiensis, *de Pœnit. et remiss.;* d'Aufrerius, *Quest.* 151, qui le décide ainsi à l'égard de l'art. 3 de la coutume de Toulouse, qui a été ci-dessus rapporté.

Enfin, nous apprenons de M. de Cambolas, 11, 5, que le Parlement de Toulouse, après avoir jugé conformément à sa coutume, par arrêt du 7 mai 1594, rendu à son rapport, en a depuis reconnu l'iniquité, et a jugé le contraire par arrêt du 7 mai 1623.

---

* 1 *Troplong, Vente, n°* 42. } Si la vente de meubles est parfaite entre les parties par le consentement, si la propriété est transférée de droit à l'acquéreur au regard du vendeur, par le seul effet du contrat (1583), il n'en est pas de même à l'égard des tiers. En ce qui concerne ceux-ci, la vente n'est parfaite que par la tradition réelle reçue de bonne foi ; pour eux, le véritable acquéreur n'est pas le porteur du titre le premier en date, mais le possesseur de la chose, bien que le titre de ce dernier soit postérieur. Ainsi, les créanciers du vendeur peuvent, nonobstant la vente d'un meuble faite sans tradition ou déplacement, faire saisir et vendre ce meuble sur leur débiteur qui en a conservé la possession. En

un mot, la célèbre loi *quoties*, au Code, *de rei vindicat.*, subsiste dans toute son autorité pour les ventes de meubles ; le Code Napoléon, par l'art. 1141, l'a expressément ratifiée, à la condition toutefois que la possession soit de bonne foi. La raison de ceci est ce principe fondamental, qui fait la sûreté du commerce, savoir : qu'*en matière de meubles la possession vaut titre* (2279 du Code Napoléon). Elle vaut titre surtout, lorsqu'elle est soutenue d'une cause aussi légitime qu'un titre de vente accepté de bonne foi par l'acquéreur.

---

* 36 *Merlin, Rép.*, v° *Vol*, *sec.* 4, § 2, *n°* 1. } Cette estimation se fait par le serment *in litem* du propriétaire, c'est-à-dire, par une déclaration détaillée qu'il donne, et dont il affirme la sincérité. C'est ce qu'ont jugé trois arrêts : le premier, du grand-conseil de Malines, du 4 février 1530, inséré dans le recueil de Dufief ; le second, du parlement de Flandre, du 9 mars 1686, rapporté par Deghewiet, part. 4, tit. 1, § 12, art. 4 ; le troisième, du parlement de Metz, du 12 juillet 1708, rappelé ci-devant, sect. 2, § 4, art. 2, n° 1.

Il ne faut pourtant pas croire que le juge soit tellement lié par le serment *in litem* du propriétaire, qu'il ne puisse restreindre la somme demandée, suivant que les circonstances l'exigent à ses yeux. La loi 8, D. *de dolo malo*, lui en attribue même expressément le pouvoir.

---

* *Lamoignon, Arrêtés*, *Tit.* 21, *art.* 96. } Toutefois quand la chose mobiliaire ainsi vendue, prêtée ou baillée en dépôt, a été depuis vendue par autorité de justice, ou dans une foire, en plein marché, ou par l'entremise d'un courtier, ou autre personne publique, elle ne peut plus être poursuivie ni vendiquée par l'ancien propriétaire, sinon en rendant à l'acquéreur le prix de ladite vente publique, avec ses frais et loyaux coûts.

1490. Si la chose perdue ou volée a été vendue sous l'autorité de la loi, elle ne peut être revendiquée.

1490. If the thing lost or stolen be sold under the authority of law, it cannot be reclaimed.

---

* *Cod. Louis.*, *art.* 3474. } Cette revendication de la part du propriétaire, même en remboursant le prix, n'est point admise contre celui qui a acheté des animaux épaves qui sont vendus conformément aux réglemens de police, ou d'autres objets mobiliers perdus ou abandonnés qui sont vendus par autorité de justice, quoiqu'il ne les ait pas possédés pendant le temps requis pour la prescription des meubles.

Voy. *Statuts R. B. C.*, *chap.* 66.

CHAPITRE QUATRIÈME.

DES OBLIGATIONS DU VENDEUR.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1491. Les principales obligations du vendeur sont : 1. La délivrance, et 2. La garantie de la chose vendue.

CHAPTER FOURTH.

OF THE OBLIGATIONS OF THE SELLER.

SECTION I.

GENERAL PROVISIONS.

1491. The principal obligations of the seller are : 1. The delivery, and, 2. The warranty of the thing sold.

---

* *C. N.* 1603. } Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend.

* 3 *Pothier*, (*Bugnet*), *Vente*, *nos* 41, 42. } 41. Le vendeur, suivant la définition que nous avons donnée du contrat de vente, s'oblige envers l'acheteur à lui *faire avoir librement à titre de propriétaire* la chose vendue.

De là naissent :

1° L'obligation de livrer à l'acheteur la chose vendue, et de veiller à la conservation de cette chose jusqu'à la tradition ;

2° L'obligation de la garantie des évictions ;

3° L'obligation de la garantie des charges réelles non déclarées par le contrat, auxquelles on prétendrait que la chose vendue est sujette ;

4° Enfin, l'obligation de la garantie de certains vices qu'on appelle *redhibitoires.*

42. Le vendeur doit livrer la chose à l'acheteur, si elle n'est déjà par-devers lui.

C'est une suite de l'obligation de livrer la chose vendue, que le vendeur doive faire à ses frais ce qui est nécessaire pour satisfaire à cette obligation.

C'est pourquoi si la chose vendue se trouvait engagée à quelque créancier du vendeur qui l'eût en sa possession, le vendeur serait obligé de la dégager à ses frais, pour la livrer. C'est ainsi que doit s'entendre la loi 5, Cod. *de Evict. Ex his prædiis, quæ mercata es, si aliqua à venditore obligata, necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea à venditore liberentur.*

---

* 6 *Marcadé, sur art.* 1603 *C. N.* } I.—Le Code va s'occuper successivement, et dans deux sections distinctes : 1° de l'obligation de délivrer la chose, 2° de l'obligation de la garantir. Quant à l'obligation d'en transférer la propriété, il n'en parle pas et n'avait pas à en parler, puisque cette obligation s'accomplissant de plein droit à l'instant même où elle naît, comme on l'a vu sous les art. 1138 et 1583, l'acheteur devient propriétaire par le fait même de la vente : la propriété se

trouvant ainsi transférée à l'acheteur dès l'instant même et avant toute livraison, il est clair que l'obligation, pour le vendeur, de la transférer ensuite, ne peut pas même exister.

Puisque l'acheteur est aujourd'hui, par l'effet immédiat de la vente et avant toute livraison, propriétaire de la chose, il est donc évident que l'action qu'il veut intenter contre son vendeur pour obtenir la possession de cette chose est réelle en même temps que personnelle, et constitue ainsi une action mixte. C'est avec grande raison qu'un arrêt de la Cour suprême (2 fév. 1809) et M. Troplong (I, 262) le décident ainsi, et on ne comprend pas la doctrine contraire de Poncet (*Actions*, p. 180), Carré (*Compét.*, I, p. 517) et M. Duvergier (I, 258). Ce dernier, tout en reconnaissant bien que l'acheteur est propriétaire et se trouve dès lors avoir une action réelle, prétend que cette action n'existe que vis-à-vis des tiers, et que de l'acheteur au vendeur il n'y a rien autre chose que l'action personnelle résultant de l'obligation que le contrat impose au vendeur d'opérer la délivrance. N'est-ce pas là une erreur manifeste ? L'acheteur étant propriétaire, il est clair qu'il l'est aussi bien vis-à-vis de son vendeur que vis-à-vis de tous les autres, et que celui-ci est tenu de respecter son droit de propriété tout autant qu'un tiers détenteur. Lors donc que l'acheteur vient demander sa mise en possession au vendeur, son action, en même temps qu'elle est fondée sur l'obligation imposée au vendeur par le contrat d'opérer la délivrance, se trouve également fondée sur le droit de propriété que ce même contrat lui a transmis, et s'il est vrai qu'il ne pourrait agir contre un tiers qu'en la qualité de propriétaire, tandis que contre le vendeur il a aussi la qualité de créancier, il est bien évident que cette seconde qualité ne saurait effacer la première, et qu'il est ici par conséquent créancier et propriétaire tout ensemble. Son action est donc réelle et personnelle tout à la fois. C'est la conséquence inévitable de ce que la vente n'est plus, comme autrefois, un contrat simplement productif d'obligation, mais aussi et en même temps un contrat translatif de propriété, un acte contenant aliénation, et

que cette aliénation ne peut pas avoir moins d'effet vis-à-vis de l'aliénateur que vis-à-vis des tiers.

SECTION II.

DE LA DÉLIVRANCE.

1492. La délivrance est la translation de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur.

SECTION II.

OF DELIVERY.

1492. Delivery is the transfer of a thing sold into the power and possession of the buyer.

* *C. N.* 1604. } La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur.

* 1 *Domat* (*Remy*), *Vente*, *Liv.* 1, *Tit.* 2, *sec.* 2, *n°* 5. } La délivrance ou tradition est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur. (C. civ. 1604).

* 6 *Marcadé*, *sur art.* 1604 *C. N.* } I.—La délivrance est, ni plus ni moins, la mise de la chose vendue en la pleine puissance et possession de l'acheteur, et la définition fort exacte que nous donne à cet égard l'art. 1604 doit servir à expliquer et à compléter les règles de détail contenues dans les trois autres articles.

Les anciens docteurs distinguaient diverses espèces de délivrances ou traditions. On opposait à la tradition réelle les traditions feintes ou symboliques et allégoriques; par exemple, la remise des clefs du bâtiment contenant des meubles vendus, remise qui devait se faire devant la porte du bâtiment *apud horrea*, *in re præsenti*, était considérée comme une allégorie de la remise des choses elles-mêmes.

En regard de la prise de possession ordinaire et effective, on admettait une possession *de longue main* que l'acheteur prenait en jetant de loin son regard sur la chose, l'œil étant considéré comme une main plus longue dont l'acheteur se servait pour s'emparer de la chose. De même, quand l'acheteur se trouvait déjà, dès avant la vente, en possession de fait de la chose comme dépositaire, locataire ou autrement, l'ancienne doctrine, au lieu de dire tout simplement que la délivrance s'opère alors par le consentement même, et qu'il n'est aucun besoin de tradition, voulait que l'acheteur fût réputé avoir remis la chose au vendeur qui était censé l'avoir immédiatement rendue à l'acheteur, en sorte qu'on voyait là fictivement une opération comprenant deux remises successives de la chose et qu'on appelait tradition *de brève-main...* Le Code a repoussé, avec raison, ce système empirique et matérialiste de fictions et d'allégories, et ce n'est pas sans étonnement qu'on voit M. Duvergier recourir encore parfois à ces puériles subtilités, comme quand il range, d'après Pothier, parmi les diverses espèces de traditions, *la montrée*, dans laquelle *les yeux de l'acheteur font la fonction de ses pieds et de ses mains*, et lui font *acquérir la possession d'un héritage, de même que s'il s'y fût transporté, et celle d'une chose mobilière, de même que s'il l'eût reçue entre ses mains* (I, 250)...... Ces idées, et autres semblables, ne sont plus de mise sous le Code Napoléon, et il faut se contenter de dire, aujourd'hui, que la délivrance est accomplie quand l'acheteur, de quelque manière que ce soit, avec ou sans tradition, avec ou sans acte matériel quelconque, se trouve avoir la chose en sa possession et sous sa puissance.

II.—Le Code, entrant dans le détail des différentes manières dont la délivrance peut s'accomplir, distingue à cet égard entre les immeubles et les meubles, entre les choses corporelles et les choses incorporelles.

Pour les immeubles, l'art. 1605 nous dit que l'obligation de délivrer est remplie par le vendeur quand il a remis, soit les clefs, soit les titres de propriété. Cette proposition serait pro-

fondément fausse et nettement condamnée par l'art. 1604, si on la prenait à la lettre et dans ce sens qu'il suffira toujours au vendeur de remettre, soit les clefs, soit les titres. Il serait absurde de dire qu'un vendeur remplit son obligation quand il remet les clefs en gardant les titres, ou quand il remet les titres en gardant les clefs : quand je vous vends la maison que j'occupe, il serait ridicule de dire que j'ai rempli mon obligation de vous en faire la délivrance par cela seul que je vous remets les différents titres qui établissent mon droit de propriété, et en continuant d'habiter la maison ! Il est clair que je dois non-seulement vous remettre tout à la fois et les titres et les clefs, mais aussi délaisser l'immeuble, en enlever tout le mobilier que j'y puis avoir, et vous l'offrir libre pour que vous puissiez vous y installer par vous-même ou par un locataire, et de telle façon qu'il vous plaira. Le vendeur, en un mot, doit livrer à l'acheteur la libre possession de la chose et lui remettre tout ce qui peut servir à l'exercice de cette possession, sans aucune réserve. La pensée de l'article n'est donc pas que la délivrance d'un immeuble sera *toujours* accomplie par la remise soit des clefs, soit des titres, mais bien que la délivrance sera quelquefois accomplie *même* par cette seule remise ; ainsi, quand je vous ai vendu mon champ, je n'ai rien autre chose à faire pour en opérer la délivrance qu'à vous remettre les titres de propriété que je puis avoir quant à lui ; si c'est un bâtiment, un jardin ou un autre enclos que je n'occupe pas et d'où je n'ai rien à enlever, je n'aurai qu'à remettre les titres et les clefs, et si je n'avais pas de titres, clefs seulement. Il faut donc entendre l'article, assez mal rédigé, comme on le voit, en ce sens que la délivrance d'un immeuble, qui consiste dans le délaissement de cet immeuble et de tout ce qui s'y rapporte, peut quelquefois être entièrement accomplie, même par la seule remise des titres ou la seule remise des clefs.

Et si c'était pour un immeuble qui n'a pas de clôture, et dont je n'ai d'ailleurs rien à enlever (par exemple, un champ sur lequel ma récolte est entièrement faite), que je fusse sans

titre aucun, je n'aurais rien à vous livrer, aucun fait à accomplir, et la délivrance consisterait dans une simple abstention, de ma part, de tout fait pouvant gêner les actes de possession que vous exercerez. Je n'aurais également rien à vous livrer (sauf les titres de propriété, s'il y en a), si c'est vous-même qui étiez, avant la vente, en possession de fait de l'immeuble, comme fermier ou usufruitier; seulement, tandis que jusqu'à la vente vous ne possédiez qu'en mon nom et pour mon compte, c'est pour vous que vous posséderez désormais. Enfin, il se pourrait encore qu'il n'y eût aucune tradition à faire, alors même que l'immeuble était possédé par moi, vendeur. Ce serait si nous convenions que je serai désormais locataire ou usufruitier du bien que je vous vends; seulement, tandis que je possédais précédemment pour moi-même, c'est désormais pour vous que je posséderai. Cette convention par laquelle le précédent propriétaire est constitué possesseur pour un autre se nomme *constitut possessoire* ou clause *de constitut et de précaire.*

III.—Pour les meubles, l'art. 1606 indique trois modes de délivrance, qui ne sont toutefois pas les seuls.

La délivrance peut d'abord se faire ici, à la différence de ce qui a lieu pour les immeubles, par la tradition réelle et proprement dite, c'est-à-dire par la livraison des choses elles-mêmes, comme lorsque je vous mets en main la pendule, les volumes, le fauteuil que vous emporterez, le cheval ou le bœuf que vous emmènerez, ou lorsque je vous introduis dans ma cave ou dans mon grenier, pour que vous chargiez sur votre voiture les douze pièces de vin ou les vingt hectolitres de blé que je vous ai vendus.—Elle peut se faire encore par la remise des clefs des bâtiments où se trouvent les choses vendues; et si cette tradition n'est pas réelle dans le même sens que la précédente, c'est à-dire comme portant directement et immédiatement sur la chose même, elle n'en est pas moins réelle aussi, et non pas seulement allégorique, puisqu'elle met très-réellement la chose en la puissance et à la disposition de l'acheteur: le vendeur ne pourrait plus s'en

ressaisir que par un vol accompagné d'effraction ou de fausses clefs!—La délivrance des meubles se fait, en troisième lieu, par le seul consentement, dans deux cas : 1° lorsque l'acheteur était en possession avant la vente, à titre d'usufruitier, locataire, emprunteur ou dépositaire, ou lorsque les parties conviennent que la chose restera, à l'un de ces titres, au vendeur, qui la possédera pour l'acheteur, ainsi qu'on l'a expliqué plus haut pour les immeubles; 2° lorsque, soit à cause de l'éloignement des choses, soit par suite de tout autre empêchement, l'acheteur ne peut pas prendre immédiatement livraison effective de ces choses, et que le vendeur ne s'en dessaisit qu'intellectuellement, en remettant, par exemple, à l'acheteur un ordre de livraison au moyen duquel celui-ci pourra prendre les choses quand il le voudra.— La délivrance peut encore se faire, comme pour les immeubles, par la remise des titres de propriété et autres que le vendeur pourrait avoir relativement à l'objet vendu, tels que l'acte de francisation, s'il s'agit d'un navire. — Elle peut se faire enfin par l'application que l'acheteur, du consentement du vendeur, fait de son sceau ou de sa marque quelconque sur les choses vendues.

Pour les choses incorporelles, la délivrance s'opère, d'après l'article 1607, soit par la remise des titres, soit par l'usage que l'acquéreur, du consentement du vendeur, fait du droit cédé. Ainsi, quand je vous vends le droit de créance que j'ai sur un tiers, mon obligation de délivrer s'exécute par la remise du titre que j'avais contre ce tiers (art. 1689). De même si je vous vends le droit d'usufruit que j'ai sur le bien d'un tiers, je vous en ferai la délivrance en vous remettant l'acte constitutif de mon usufruit. Que s'il s'agit d'un usufruit ou autre servitude positive que je crée pour vous la céder, comme alors il n'y a pas de titre que je puisse vous remettre, c'est en vous laissant exercer le droit sur mon fonds que je vous en ferai la délivrance. Mais si la servitude était négative, c'est-à-dire consistant uniquement dans mon abstention de certains faits (art. 687, n° I, alin. 3), la délivrance résulte-

rait du seul consentement, puisqu'il ne saurait y avoir de titres à remettre par moi, ni d'actes à exercer par vous.

IV.—Quoique la délivrance soit définie le transport de la chose en la possession de l'acheteur, il ne faut cependant pas dire, comme on le fait souvent, même à l'école, que c'est par elle que s'opère, dans les ventes faites *à non domino*, soit le commencement de la prescription pour les immeubles, soit l'accomplissement instantané de cette prescription pour les meubles achetés de bonne foi. Ce prétendu principe n'est qu'une confusion de deux choses très-distinctes. La délivrance est un fait purement relatif au vendeur et à l'acheteur, tandis que la possession nécessaire pour prescrire doit exister absolument et vis-à-vis de tous ; la première se passe exclusivement entre les deux parties et ne requiert point pour son accomplissement les circonstances que le second exige. Quand après avoir vendu la maison que j'habite, j'en opère à votre profit le délaissement complet, que j'enlève mon mobilier, et que je vous livre, avec la maison vide, les clefs de cette maison et tous les titres à elle relatifs que je puis avoir, il est clair que c'est là une délivrance aussi parfaite que possible. Or suit-il de là que la prescription (si elle vous était nécessaire, parce que je me trouverais n'être pas le vrai propriétaire de l'immeuble) court immédiatement à votre profit ? La délivrance sera-t-elle, comme on le dit, le point de départ de cette prescription ? Evidemment non ; car cette prescription ne peut résulter que d'une circonstance qui ne me concerne plus, moi vendeur, à savoir la prise réelle et publique de la possession par vous. Si, au lieu de vous installer dans la maison, soit par vous-même, soit par un locataire ou toute autre personne qui possède pour vous, vous étiez assez négligent pour ne pas l'occuper, n'est-il pas évident que la prescription ne courrait pas ? Et si un tiers venait à s'emparer de la maison, n'est-il pas évident que la prescription courrait pour lui et non pas pour vous ? Et pourtant, encore une fois, il y a eu pleine et parfaite délivrance de la chose vendue !

La délivrance n'est donc pas par elle-même génératrice de

la prescription. Par la délivrance, le vendeur offre et prépare la possession à l'acheteur, il lui remet tout ce dont celui-ci a besoin pour cette possession, mais c'est à l'acheteur seul de la réaliser ensuite ; le vendeur fait la place libre à l'acheteur et lui donne les moyens de venir l'occuper, mais c'est à celui-ci d'en opérer l'occupation. Or c'est seulement par cette occupation réalisée que la prescription prend naissance. Lors donc qu'on dit, comme nous l'avons fait nous-même, que la délivrance est la mise en possession de l'acheteur par le vendeur, la proposition n'est vraie que du vendeur à l'acheteur, en ce sens que le premier doit se dépouiller de la possession et la laisser libre pour le second, mais sauf à celui-ci de s'emparer ensuite de cette possession, ce qui est son affaire, et non plus celle du vendeur. Cette distinction, qui résulte, comme on le voit, de la nature même des choses, est d'ailleurs écrite dans le Code lui-même, pour la cession des créances. Notre art. 1607 pose le principe que la délivrance des droits ou choses incorporelles (ce qui comprend les créances) se fait par la remise du titre ; l'art. 1689, faisant l'application de ce principe au cas particulier de créances ou autres droits à exercer contre un tiers, répète que la délivrance s'opère par la remise du titre ; mais il a soin de dire que si tout est consommé par là, c'est seulement *entre le cédant et le cessionnaire*, c'est seulement *pour la délivrance*, et l'article suivant explique que le cessionnaire ne sera saisi par rapport au tiers débiteur qu'en lui faisant signifier sa cession.

Il ne faut donc pas confondre la délivrance, fait dont l'obligation incombe au vendeur envers son acheteur, avec la prise effective de possession, fait qui ne concerne que ce dernier et qu'il est libre d'accomplir ou de ne pas accomplir, sans que le vendeur ait à s'en occuper. Sans doute le second fait accompagnera quelquefois le premier, comme lorsqu'il s'agit de meubles corporels que l'acheteur vient se faire livrer par la tradition directe des choses elles-mêmes ; mais s'il en est ainsi quelquefois, il s'en faut de beaucoup qu'il en soit ainsi toujours ; la possession réelle et publique, qui seule

engendre la prescription (art. 2229), ne jouera souvent aucun rôle dans la délivrance ; et, comme cette délivrance n'en sera pas moins complète et parfaite, c'est une grave erreur que de la présenter comme faisant naître la prescription, et il faut se garder de confondre ainsi deux ordres d'idées qui n'ont rien de commun l'un avec l'autre. La prescription naît de la possession réelle et publique ; la délivrance s'opère par le délaissement du vendeur offrant la possession à l'acheteur, libre de la prendre ou de ne pas la prendre : la prescription s'opère à chaque pas sans aucun fait de délivrance ; la délivrance s'accomplit tous les jours sans qu'il puisse s'ensuivre aucune prescription : il ne faut donc pas, encore une fois, confondre ces deux ordres d'idées.

Donc, quand il s'agit de savoir si une personne a prescrit une chose, l'idée de délivrance n'a rien à faire dans la question : la seule chose à se demander, c'est si la personne a possédé, et si elle a possédé avec les conditions voulues. Ainsi, dans l'hypothèse présentée plus haut d'un immeuble que l'acheteur ne vient pas occuper, la prescription n'a pas lieu, quoiqu'il y ait une délivrance, parce que l'acheteur n'a pas possédé. De même, si Pierre vous vend un bien mobilier qui ne lui appartient pas, et que vous vous contentiez d'une délivrance accomplie par la remise des titres et par la convention que Pierre conservera l'objet comme dépositaire et le possédera pour vous, le vrai propriétaire pourra venir la revendiquer sans que vous puissiez opposer la prescription de l'art. 2279, parce que, s'il est vrai que vous possédiez (puisque c'était vous qui exerciez la possession par le ministère de Pierre), vous ne possédiez pas avec le caractère de publicité que l'art. 2229 exige. Réciproquement, si vous avez emmené chez vous l'objet mobilier quel qu'il soit, ou si vous avez occupé la maison, alors, quand même les titres que le vendeur pouvait avoir ne vous auraient pas été remis, en sorte que la délivrance n'aurait pas été complètement accomplie par votre vendeur, vous avez prescrit, parce que vous avez possédé publiquement, à titre de maître, à l'aspect de

tous. Ainsi vous ne prescrivez pas dans les deux premiers cas, malgré la délivrance la plus complète ; vous prescrivez dans les autres, malgré l'absence de cette délivrance complète.

Disons, au surplus, que si les auteurs ont eu le tort de ne présenter ni le développement, ni même l'indication de cette importante distinction, ils en admettent cependant à peu près les résultats, et reconnaissent que dans bien des cas la prescription ne naîtra pas, quoique la délivrance soit dûment accomplie. Mais alors pourquoi présenter la délivrance comme un principe de prescription ? Encore une fois, la délivrance et la possession à l'effet d'acquérir sont deux choses qui n'ont rien de commun.

1493. [L'obligation de délivrer est remplie de la part du vendeur, lorsqu'il met l'acheteur en possession actuelle de la chose, ou consent qu'il en prenne possession, tous obstacles en étant écartés.]

1493. [The obligation of the seller to deliver is satisfied when he puts the buyer in actual possession of the thing, or consents to such possession being taken by him, and all hindrances thereto are removed.]

---

* *Code Canton de Vaud, art.* 1136. } A l'égard des immeubles, la passation de l'acte authentique équivaut à la délivrance.

---

* *C. L.* 2455. } La loi considère la tradition ou délivrance des immeubles, comme accompagnant toujours l'acte public qui en transporte la propriété. Tout obstacle que le vendeur pourrait mettre ensuite à la prise de possession corporelle par l'acheteur serait considéré comme un trouble.

Voy. *Marcadé*, cité sur art. 1492.

* 1 *Troplong, Vente, nº 275 et s.* } 275. Voyons maintenant quels modes de tradition sont plus particulièrement mis en usage, soit pour les immeubles, soit pour les meubles, soit pour les droits incorporels.

Commençons par les immeubles.

Le vendeur satisfait à l'obligation de délivrer, non-seulement quand il installe l'acquéreur dans la maison ou dans la ferme, non-seulement quand il la lui fait toucher de la main ou de l'œil, mais encore quand il lui en remet les clefs (art. 1605). Ce n'est pas que les clefs soient un signe représentatif de la maison ou de la ferme. Tout symbole à part, elles sont un instrument nécessaire pour pénétrer dans l'intérieur de la maison ou de la ferme. Elles procurent par conséquent à l'acheteur la faculté de s'en servir et d'en jouir. Elles amènent donc une tradition réelle.

276. Il en est de même de la remise des titres de propriété (1605). Armé de ces titres, l'acquéreur peut se substituer à tous les possesseurs quelconques. Il a les moyens d'entrer dans l'immeuble et d'y rester seul possesseur, seul propriétaire. Ces titres sont pour lui un passeport qui écarte tous les obstacles. Ils conduisent donc à une tradition réelle, à une possession sans partage, et il ne faut plus ajouter foi aux illusions qui voyaient dans leur remise une tradition fictive.

Mais quand on parle de la remise des titres comme mode de tradition, peut-on entendre par-là la remise du titre en vertu duquel le vendeur cède sa propriété à l'acquéreur? ou bien faut-il nécessairement entendre les titres qui assurent la propriété dans les mains du vendeur, et sont pour l'acquéreur une garantie que celui dont il achète lui transmet des droits positifs ?

La première opinion est enseignée par Pothier. " *Aliud traditionis symbolicæ, si* INSTRUMENTUM EMPTIONIS REI *tradatur.*" Corvinus est du même avis.

La seconde a pour défenseur Dumoulin, suivi sur ce point par M. Merlin. " *Vel per traditionem instrumentorum acquisi-*
" *tionis feudi, in quibus continetur competens venditori in illo*

" *feudo* (I, 1, C. De donationibus), *quæ ità intelligi debet, non* " *autem per traditionem instrumentum ipsius venditionis, ut* " *tenent Guglielmus, Bartolus, Imola, Alexander,* etc."

Cette seconde opinion me paraît seule exacte, soit sous l'empire des lois romaines (la loi 1 au C. *De donat.* ne laisse pas de doute), soit sous l'empire du Code Napoléon dont l'art. 1605 reproduit la pensée de Dumoulin dans toute son énergie. La raison le veut d'ailleurs ainsi. L'acte de vente ne prouve que la convention principale intervenue entre le vendeur et l'acquéreur; toute sa portée est de déplacer la propriété. Quant à la possession, il la laisse dans l'état où elle était; son but n'est pas de s'en occuper. Il faut donc une opération ultérieure, distincte de la vente, pour déposséder le vendeur; et cette dépossession ne saurait résulter de la remise d'un titre qui n'a pas trait à la possession.

Mais il en est autrement quand le vendeur fait remise à l'acquéreur des titres de propriété. Cette remise prouve que le vendeur ne veut plus rien conserver sur la chose, qu'il abdique tous ses droits, et que l'objet vendu sera désormais dans un tel rapport avec l'acheteur, que celui-ci pourra seul s'en servir à son bon plaisir.

Nous reviendrons tout à l'heure là-dessus, quand nous parlerons de la tradition des meubles.

277. La clause de constitut et de précaire est celle par laquelle le possesseur d'un immeuble reconnaît qu'il n'y a aucun droit de propriété, et qu'il n'en conserve la jouissance qu'à titre précaire. On la stipule lorsque le vendeur demeure en possession de la chose à titre de bailliste ou d'usufrutier.

Suivant tous les anciens auteurs, la clause de constitut confère à l'acheteur une possession feinte en vertu de laquelle il a le même droit de propriété que si on lui avait transmis une possession réelle et actuelle.

Mais je n'aperçois pas ce qu'il y a de fictif dans les effets de cette spéculation. Serait-ce que l'acheteur ne possède pas la chose corporellement? Mais ne possède-t-on pas *réellement* un immeuble par le moyen du locataire ou de l'usufruitier qui

le détient en notre nom? Il y a donc ici possession réelle, et cette possession est acquise de plein droit, sans tradition, et par la seule force du consentement.

278. C'est aussi par le consentement que la tradition s'opère quand l'acheteur est déjà en possession de l'immeuble qu'il achète (arg. de l'art. 1606), ou pour mieux dire, il n'est pas besoin de tradition; car la tradition n'est nécessaire que pour donner la possession, et là où la possession existe déjà, la tradition est inutile.

---

* 5 *Boileux, sur art.* 1416 *C. N.* } La remise pleine et entière de la chose au pouvoir de l'acheteur, de manière que le vendeur n'ait plus aucun moyen d'exercer ou de faire valoir pour son propre compte le droit qu'il a vendu, est ce qui constitue la délivrance.—Il appartient ensuite à l'acheteur d'user de son droit et de le défendre contre les tiers qui voudraient, par un acte quelconque, y porter atteinte.

La chose doit passer en la *puissance* de l'acheteur : expression qui indique ce qu'il y a de plus éminent, de plus absolu dans les rapports de l'homme avec l'objet vendu ; l'étendue des droits que la vente doit procurer.—Elle doit passer en sa *possession*, afin qu'il puisse en jouir.—Le vendeur est tenu, en un mot, de mettre l'acheteur en son lieu et place, et de lui procurer les moyens de faire tous actes de propriétaire.

La transmission de la puissance, est ce qu'il y a de plus important dans la délivrance: on peut concevoir la délivrance, dit Duvergier, sans que la possession soit donnée à l'acheteur; mais non sans que la chose soit mise en sa puissance.

Bien que la tradition n'ait pas chez nous l'importance qu'elle avait à Rome, puisqu'elle n'est plus nécessaire pour transférer la propriété, il importe toujours de déterminer les actes qui la constituent, soit pour savoir quand le vendeur se libère de son obligation, soit pour fixer l'époque à laquelle commencent pour l'acheteur les avantages de la possession (art. 549, 2235).

[ARTICLE 1494.]

1494. La délivrance des choses incorporelles se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur.

1494. The delivery of incorporeal things is made by the delivery of the titles, or by the use which the buyer makes of such things with the consent of the seller.

---

* *C. N.* 1607. } La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur.

---

* *C. L.* 2457. } La tradition des droits incorporels se fait ou par la remise des titres et de l'acte de transport, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur.

Voy. *C. C. B. C., art.* 1564 et autorités sur art. 1492.

---

* 1 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 1, *tit.* 2, *sec.* 2, *nos* 7, 9. } 7. La délivrance des immeubles se fait par le vendeur, lorsqu'il en laisse la possession libre à l'acheteur, en s'en dépouillant lui-même, soit par la délivrance des titres, s'il y en a (C. civ. 1605), ou des clefs, si c'est un lieu clos, comme une maison, un parc, un jardin ; ou en mettant l'acheteur sur les lieux, ou seulement lui en donnant la vue ; ou, consentant qu'il possède ; ou le vendeur reconnaissant que s'il possède encore, ce ne sera plus que précairement, c'est-à-dire comme possède celui qui tient la chose d'autrui, à condition de la rendre au maître quand il la voudra. Et si le vendeur se réserve l'usufruit, cette réserve tiendra aussi lieu de tradition.

9. Les choses incorporelles, comme une hérédité, une dette ou un autre droit, ne peuvent proprement être délivrées, non plus que touchées. Mais la faculté d'en user tient lieu de délivrance. Ainsi, le vendeur d'un droit de servitude en fait comme une délivrance, quand il souffre que l'acheteur en jouisse. (C. civ. 1607). Ainsi, celui qui vend ou transporte une dette ou un autre droit, donne à l'acheteur ou cessionnaire une espèce de possession, par la faculté d'exercer ce droit, en faisant signifier son transport au débiteur, qui, après cette signification, ne peut plus reconnaître d'autre maître ou pos sesseur de ce droit que le cessionnaire.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, *n°* 316. } 316. Les choses incorporelles *quæ in jure consistunt*, *quæ tangi non possunt*, qui ne tombent pas sous les sens, ne pouvant pas être proprement possédées, il s'ensuit qu'il ne peut pas y avoir, par rapport à ces choses, de tradition réelle et proprement dite. Mais comme, à l'égard de ces choses, la jouissance tient lieu de possession, c'est par rapport à ces choses une espèce de tradition, lorsque le vendeur souffre que l'acheteur en jouisse : *Usus et patientia in rebus corporalibus pro traditione est.*

Par exemple, si j'ai vendu au propriétaire de l'héritage voisin du mien, le droit de faire paître ses bestiaux sur mon héritage, la tradition de ce droit de servitude sera censée s'être faite, lorsque le voisin aura commencé, de mon consentement, à user du droit de servitude que je lui ai vendu, en faisant paître ses bestiaux sur mon héritage.

Dans la vente des créances et des actions, c'est la signification du transport que l'acheteur fait au débiteur, qui tient lieu de tradition de la créance vendue, ainsi que nous la verrons plus bas, partie suivante.

[ARTICLE 1495.]

1495. Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a stipulation contraire.

1495. The expenses of the delivery are at the charge of the seller, and those of removing the thing are at the charge of the buyer, unless it is otherwise stipulated.

---

* *C. N.* 1608. } Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire.

---

* *C. L.* 2459. } Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement ou transport, à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1491.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, nos 43, 44. } 43. Il suit aussi de ce principe, que n'étant pas permis à celui qui a vendu son vin, de le livrer sans avoir obtenu un congé ou permission du bureau des aides, il doit, pour se mettre en état de satisfaire à son obligation, obtenir à ses frais ce congé et le remettre à l'acheteur, à moins qu'il ne soit expressément convenu que le congé serait au frais de l'acheteur.

44. Par la même raison, celui qui a vendu du blé à tant par mine, doit le faire mesurer à ses frais, suivant une ancienne ordonnance de Saint-Louis, de 1258, à moins qu'il ne soit expressément convenu que le mesurage se ferait aux frais de l'acheteur ; car la livraison ne pouvant s'en faire que ce

mesurage n'ait été préalablement fait, le vendeur doit faire faire à ses frais ce mesurage, pour se mettre en état de faire cette livraison.

---

1 *Troplong, sur art.* 1608 *C. N.*

288. Nous avons dit au n° 262 que le vendeur est tenu de l'obligation de livrer la chose. Il suit de là que si cette délivrance entraîne quelques frais, c'est lui qui doit les supporter.

Ainsi, la chose vendue est-elle dans les liens d'un engagement dont il faut la délivrer pour opérer la tradition, c'est le vendeur qui doit la dégager à ses frais.

De même, le mesurage, le comptage, le pesage nécessaires pour consommer la livraison, sont, de droit, aux frais du vendeur. Néanmoins, dans l'usage, et par une convention sous entendue dans quelques localités pour les marchés de ce genre, les frais de mesurage, comptage et pesage se divisent par moitié entre le vendeur et l'acheteur. C'est, du moins, ce qui se pratique à Nancy et dans toute la Lorraine pour le mesurage du blé vendu et le livrage du bois à brûler. Dans d'autres localités, les frais sont à la charge de l'acheteur.

Enfin, si la marchandise est dans des magasins éloignés de la ville où l'on a traité, le vendeur doit placer à ses frais quelqu'un sur les lieux, pour faire l'ouverture des portes à l'acheteur qui viendra prendre livraison.

289. Mais, une fois que la délivrance est faite, l'enlèvement regarde l'acheteur. C'est à lui à le faire opérer à ses frais, car il est dans son intérêt. Il devra donc payer les dépenses d'emballage, de chargement et de transport, ainsi que le coût du transit pour la circulation des vins.

290. Des stipulations particulières peuvent déroger aux règles générales énoncées aux nos 288 et 289.

[ARTICLE 1496.]

1496. Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie pas le prix, à moins que le vendeur ne lui ait accordé un délai pour le paiement.

1496. The seller is not obliged to deliver the thing if the buyer do not pay the price, unless a term has been granted for the payment of it.

---

* *C. N.* 1612. } Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acquéreur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement.

C. L. 2463, semblable au texte.

---

* *ff. De actione empti, Liv.* 19, *Tit.* 1, *L.* 13, § 8. } Offerri pretium ab emptore debet, cùm ex empto agitur : et ideó etsi pretii partem offerat, nondùm est ex empto actio : venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem quam vendidit. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Lorsque l'acheteur intente son action contre le vendeur, il doit faire offre du prix ; en sorte que s'il n'en offre que partie, il n'a point encore le droit d'intenter l'action de la vente : car le vendeur peut retenir la chose vendue à titre de gage, jusqu'à ce qu'il soit payé. (ULPIEN).

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, *nos* 50, 63 *et s.* } 50. Quand il n'y a point eu de terme préfini par le contrat, le vendeur doit livrer la chose aussitôt que l'acheteur, qui en a payé le prix, ou qui l'offre, la demande, à moins qu'il n'y eût quelque juste cause qui en retardât la livraison.

63. Régulièrement l'acheteur ne peut intenter cette action

contre le vendeur qu'il ne lui offre le prix convenu, s'il ne l'a pas encore payé : car il ne peut être recevable à demander que le vendeur satisfasse à son engagement, s'il n'est de son côté prêt à satisfaire au sien.

Il doit offrir le paiement de tout le prix qu'il doit : s'il n'en offrait qu'une partie, il ne serait pas recevable à demander la livraison de la chose qui lui a été vendue, ni même de la moindre partie de cette chose ; le vendeur ayant le droit de la retenir comme par forme de nantissement pour la sûreté du paiement entier du prix qui lui est dû. C'est pourquoi, de même qu'un débiteur n'est pas reçu à redemander la plus petite partie de la chose qu'il a donnée en nantissement à son créancier, s'il ne lui paie la somme entière pour laquelle elle est en nantissement ; de même l'acheteur n'est pas reçu à demander la plus petite partie de la chose qui lui a été vendue, s'il n'est prêt à payer le prix entier qu'il doit au vendeur.

C'est ce qu'enseigne la loi 13, § 8, ff. *de Act. empt. Offerri pretium venditori ab emptore debet, quum ex empto agitur ; et ideo etsi pretii partem offerat, nondùm ex empto est actio ; venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.*

64. Cette décision a lieu, non-seulement pendant que l'action *ex empto* est encore indivisée, mais même après qu'elle a été divisée par la mort de l'acheteur qui a laissé plusieurs héritiers. Un de ces héritiers ne sera pas reçu à demander la part qui lui revient dans la chose vendue, s'il n'offre de payer le prix entier de la vente ; sauf à lui à se faire faire raison par son cohéritier de la part dont son cohéritier est tenu. L. 78, § 2, *de Contr. empt.*

65. Le juge peut néanmoins quelquefois modérer la rigueur du principe que nous venons d'établir, lorsque l'équité paraît le demander dans certaines circonstances, comme dans l'espèce suivante.—*Finge.* Un cabaretier a acheté de quelqu'un un cellier de quarante tonneaux de vin pour une certaine somme, payable en l'enlevant. Ce cabaretier n'ayant pas encore toute la somme, qu'il compte avoir dans huit jours, demande qu'il lui soit permis d'enlever la quantité de

deux tonneaux qui lui sont nécessaires pour entretenir jusqu'à ce temps son cabaret, aux offres de payer, à compte du prix qu'il doit, une somme beaucoup plus forte que la valeur des deux tonneaux. Il est évident que dans cette espèce il y aurait de l'inhumanité à ne pas l'écouter dans cette demande, en s'attachant trop scrupuleusement au principe de droit, qui ne permet pas à l'acheteur de demander une partie de la chose vendue avant qu'il ait payé le total du prix.

66. Si l'acheteur avait demandé la chose vendue sans offrir d'en payer le prix, et que sur sa demande, par une sentence en dernier ressort, le vendeur eût été condamné à la livrer, sans qu'il fût porté par la sentence que c'est à la charge de payer préalablement le prix, l'acheteur serait-il reçu à poursuivre l'exécution de cette condamnation sans offrir le paiement du prix ?

Fabianus de Monte agite la question en son *Traité de Empt. vend.*, qui est dans la grande collection, tome 6, page 1. Page 61, il rapporte l'opinion de quelques anciens docteurs qui ont pensé qu'il y était recevable, et que le vendeur ne pouvait plus se défendre d'exécuter la condamnation, en opposant qu'il n'était pas payé du prix ; les exceptions, même péremptoires, devant être opposées avant la condamnation, et ne pouvant l'être après.

L'opinion contraire, que cet auteur embrasse, est plus véritable. Quoique la sentence qui condamne le vendeur à livrer la chose, ne porte pas expressément que ce sera à la charge par l'acheteur de payer préalablement le prix, cette charge doit y être sous-entendue ; car cette charge est de la nature de l'action *ex empto*, sur laquelle la sentence est intervenue ; et dans les choses qui ne tendent pas à aggraver, mais à tempérer la condamnation, le juge est censé l'avoir prononcée relativement et conformément à la nature de l'action sur laquelle elle est intervenue.—A l'égard de ce qu'on allègue pour l'autre opinion, que les exceptions ne peuvent plus s'opposer après la condamnation, la réponse est que cette règle n'a lieu qu'à l'égard de celles qui tendaient à

attaquer et impugner la condamnation, et non à l'égard de celles qui n'attaquent pas la condamnation, mais qui concernent seulement son exécution. C'est sur ce fondement que l'exception qu'on appelait *competentiæ*, qu'avaient, par les lois romaines, certaines personnes, *ne ultrà quàm facere possent ab eis exigeretur*, pouvait s'opposer, même après la condamnation ; L. 41, § 2, ff. *de Re. jud.* C'est sur ce fondement que, si j'ai été condamné à vous payer une certaine somme que je vous devais, je puis, quoique après la condamnation, vous opposer la compensation de celle que vous me devez ; *Tr. des Obl.*, nº 625.

Dans le cas dont il est ici question, l'exception que le vendeur oppose, tendante à ce que l'acheteur soit tenu de payer le prix avant que la chose lui soit délivrée, est une exception de cette espèce. Le vendeur, par cette exception, n'attaque pas la sentence qui l'a condamné à délivrer la chose vendue, il est prêt à l'exécuter ; mais il soutient avec justice que l'acheteur doit satisfaire de sa part à son obligation, en payant préalablement le prix.

67. Le principe que nous venons d'établir, " que l'acheteur n'est pas reçu à demander que la chose vendue lui soit livrée, s'il n'offre d'en payer le prix," n'a pas lieu, lorsque le vendeur, par le contrat, lui a accordé pour le paiement un terme qui n'est pas expiré.

Néanmoins, si depuis le contrat l'acheteur avait souffert un dérangement dans sa fortune, qui fût tel que le vendeur courût risque de perdre le prix, il pourrait, nonobstant le terme accordé par le contrat, se défendre de livrer la chose, à moins que l'acheteur n'offrît ou le paiement, ou du moins une caution suffisante pour le paiement du prix.

Observez qu'il n'y a que le terme de droit porté par le marché, qui puisse autoriser l'acheteur à exiger la chose vendue, avant qu'il en ait payé le prix ; un terme de grâce n'est pas suffisant. Par exemple, si un acheteur a obtenu des lettres de répit, ou des lettres d'Etat qui lui ac[redacted]-séance pour le paiement de ses dettes le ven[redacted]s

pour cela tenu de lui délivrer la chose sans payer ; l'effet de ce terme se borne à empêcher les poursuites qu'on pourrait faire contre lui pour le contraindre. Arg., L. 50, ff. *de Act. empt.*

---

* 1 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 1, *tit.* 2, *sec.* 2, *n°* 8. } Si la clause de précaire a été omise dans un contrat de vente d'un immeuble, elle y est sous-entendue pour l'effet de mettre l'acheteur en droit de prendre possession, si les lieux sont libres ; car la vente transférant la propriété, elle renferme le consentement du vendeur que l'acheteur se mette en possession.

---

13 *Pand. frs.*, *sur art.* 1612, *C. N.* } 65. Suivant les Lois Romaines, la tradition, même réelle, ne transférait pas la propriété à l'acquéreur tant qu'il n'avait pas payé le prix, à moins qu'il n'eût donné au vendeur sûreté du paiement, ou que celui-ci n'eût suivi sa foi.

Mais cette confiance de la part du vendeur ne se présumait point. Elle devait être prouvée soit par les circonstances, soit par le contrat même.

Cette règle ne peut être admise dans notre Droit. Que le prix soit payé ou non, la propriété passe à l'acheteur aussitôt que la vente est parfaite. Mais le vendeur ne peut être contraint à la délivrance tant que le prix n'est pas payé, à moins qu'il n'ait accordé un délai.

---

5 *Boileux*, *sur art.* 1612 *C. N.* } L'acheteur ne peut demander que le vendeur remplisse ses engagements, s'il n'est, de son côté, prêt à remplir les siens.

Pour obtenir la délivrance, il doit donc offrir le prix en entier : en offrant un à-compte, il ne pourrait exiger même la moindre partie de la chose.

Au surplus, le contrat n'est pas moins parfait : l'acheteur

est propriétaire ; mais la chose reste entre les mains du vendeur, par droit de rétention : *quodam pignoris jure.*

Il est clair que le vendeur ne peut refuser de livrer, s'il a consenti, pour le payement, un terme qui n'est pas expiré (art. 1186) ; sauf l'exception portée dans l'article suivant et dans l'article 1188.

Cette décision ne doit pas s'étendre au délai de grâce : le seul effet de ce délai, est de soustraire l'acheteur à des poursuites (Duvergier, t. 1, n. 271).

1497. Le vendeur n'est pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si depuis la vente l'acheteur est devenu insolvable, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme.

1497. Neither is the seller obliged to deliver the thing, when a delay for payment has been granted, if the buyer since the sale have become insolvent, so that the seller is in imminent danger of losing the price, unless the buyer gives security for the payment at the expiration of the term.

---

* *C. N.* 1613. } Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme.

C. L. 2464, semblable au *C. N.*

[ARTICLE 1498.]

Voy. *Pothier*, *Vente*, nº 67, cité sur art. 1496 ; *Domat*, cité sur art. 1065 ; *C. C. B. C.*, 1092.

---

5 *Boileux*, *sur art.* 1613 *C. N.* } Ainsi, lors même qu'un terme aurait été accordé, le principe exposé dans l'article précédent reprendrait sa force, si depuis la vente, le mauvais état des affaires de l'acheteur exposait le vendeur au danger *imminent* de perdre le prix : tout se passe alors comme si la vente était pure et simple.

Toutefois, des craintes vagues ne suffiraient pas pour dispenser le vendeur de livrer la chose ; les termes de la loi sont formels : il faut que l'acheteur soit en *faillite* ou en *déconfiture.*

Remarquez en outre ces mots : *depuis la vente ;* si l'état de faillite ou de déconfiture existait lors de la vente, le vendeur ne pourrait donc refuser de livrer la chose ; il aurait à se reprocher d'avoir traité avec un homme insolvable.—Exceptons néanmoins le cas de dol : par exemple, le vendeur pourrait se dispenser de livrer, si l'on avait fait briller à ses yeux un crédit imaginaire, en lui présentant comme florissant, un état de fortune tombant en ruine.

L'offre d'une caution solvable suffirait, nonobstant la faillite ou la déconfiture, pour donner à l'acheteur le droit d'exiger la chose vendue, puisque le vendeur aurait alors toute sécurité.

1498. La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente, sujette aux règles concernant la détérioration, contenues au titre *Des Obligations.*

A compter du moment

1498. The thing must be delivered in the state in which it was at the time of sale, subject to the rules relating to deterioration contained in the title *Of Obligations.*

From the time of sale

de la vente tous les fruits de la chose appartiennent à l'acheteur.	all the profits of the thing belong to the buyer.

---

* *C. N.* 1614. } La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente.

Depuis ce jour, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur.

---

* *Code Canton de Vaud, art.* 1145, semblable au *C. N.*

---

* *C. L.* 2465. } La chose doit être livrée dans l'état où elle se trouve au moment de la vente, c'est-à-dire, sans aucun changement occasionné par le fait ou la faute du vendeur.

Depuis le jour de la vente, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur.

Voy. autorités sur arts. 1150 et 1499.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, nº 47. } 47. L'obligation de livrer une chose, renferme aussi celle de livrer toutes les choses qui en font partie, ou qui en sont des accessoires.

Sur les choses qui sont censées faire partie d'un héritage de campagne ou d'une maison de ville ; *voy.* notre *Introduction générale à la coutume d'Orléans*, nºs 47 et 48, et nos notes sur les arts. 353, 355, 356 de ladite coutume.

Les titres et tous les enseignements qui concernent un héritage, en sont des accessoires que le vendeur est obligé de remettre à l'acheteur.

Enfin, il doit remettre avec la chose, les fruits, tant naturels que civils, nés et perçus depuis que l'acheteur a payé le prix ; Paul, *Sentent.*, liv. 2, tit. 17, § 7 ; Cujas, *Obs.* 21, 15.

Cette restitution des fruits est due *ex naturâ contractûs* ; il n'est pas nécessaire pour cela que le vendeur ait été mis en demeure de livrer la chose : mais le vendeur, avant la demeure, est tenu seulement de faire raison des fruits qu'il a perçus; au lieu que, depuis la demeure, il est tenu de faire raison même de ceux qu'il n'a pas perçus, si l'acheteur eût pu les percevoir.

---

* 4 *Pothier* (*Bugnet*), *Bail à rente*, *n*° 48. } 48. Le bail à rente est susceptible de la plupart des clauses qui se trouvent dans les contrats de vente, telles que celles qui concernent la contenance ou les qualités de l'héritage qui fait l'objet du contrat, ou de quelque partie de cet héritage : elles produisent les mêmes obligations et les mêmes actions que dans le contrat de vente. Par exemple, si la contenance de l'héritage baillé à rente, ne se trouve pas telle qu'elle a été déclarée par le bail, si l'héritage baillé à rente n'a pas quelqu'une des qualités énoncées par le bail, le preneur a action pour demander une diminution de la rente, au dire d'experts, ou même quelquefois la résolution du bail. Tout ce que nous avons dit à cet égard pour le contrat de vente, en notre *Traité du Contrat de Vente*, part. 2, chap. 3, arts. 1 et 2, peut s'appliquer au contrat de bail à rente : nous y renvoyons.

---

5 *Boileux*, *sur art.* 1614 *C. N.* } Le vendeur est débiteur de la chose à partir du contrat, si la vente est *pure et simple* ou à *terme*, et à partir de l'événement de la condition, si elle est *conditionnelle ;* il doit donc, à l'époque de l'exigibilité, livrer cette chose dans l'état où elle se trouve, c'est-à-dire, non détériorée par son fait ou par sa faute.

Dans les deux premiers cas, l'acheteur peut en outre exiger la restitution des fruits, soit civils, soit naturels, que le vendeur a recueillis depuis le contrat : mais dans le troisième, il ne lui est pas tenu compte de ceux qui ont été perçus *pen-*

dente conditione; car la condition ne produit pas d'effet rétroactif en ce qui concerne les fruits. — Marcadé seul enseigne (art. 1614) que les fruits appartiennent rétroactivement à l'acheteur du jour du contrat, lors même que la vente est conditionnelle : nous avons combattu ce système (*Voy.* art. 1179, quest.). Du reste, il est rejeté par tous les auteurs (1).

Puisque l'acheteur est propriétaire du jour du contrat, c'est pour lui que s'accomplissent, sans indemnité pour le vendeur, les augmentations naturelles, ou résultant d'une force majeure, que la chose a reçues depuis cette époque.

Mais il va de soi, que le vendeur peut exiger le remboursement intégral des impenses *nécessaires* qu'il a faites, et une indemnité calculée sur la plus-value, lorsqu'il s'agit de travaux d'*amélioration:* il n'est rien dû pour les impenses voluptuaires.

Quant à la question des risques, elle doit également, aux termes de l'art. 1624, se résoudre d'après les principes généraux des obligations (*V.* 1138 et 1301).

Quid, si les semences ont été faites par un tiers ? — Quand c'est le vendeur qui a ensemencé, il ne peut prétendre à aucune indemnité : en vendant, il a garanti à l'acheteur la récolte franche de toutes chances (*voy.* 541). — Si les semences ont été faites par un tiers, ce tiers peut invoquer le bénéfice de l'art. 2102 ; sauf ensuite le recours de l'acquéreur contre son vendeur.

Quid, si les frais sont dus à un fermier, à un colon partiaire, ou à un acquéreur de récoltes sur pied ? — En ce qui concerne le fermier ou le colon partiaire, appliquez les art. 1763 et 585 C. civ. — En ce qui touche le tiers acheteur des récoltes, l'acquéreur du fond peut, s'il est de bonne foi, se prévaloir du bénéfice des art. 1141 et 2279 ; s'il n'est pas de bonne foi, l'acheteur de la récolte a non-seulement une action personnelle contre son vendeur ; mais encore une action

(1) Troplong, t. 1, n. 322. Duvergier, t. 1, p. 321, note. Dur., n. 213 et suiv. t. 16. Toullier, t. 6, p. 573 et suiv. (*Val.*)

réelle pour obliger l'acquéreur du fonds, à souffrir l'enlèvement de la récolte.

---

13 *Pand. frs., sur art.* 1614, *C. N.* } 66. Le sens unique de cet article est que la chose vendue doit être livrée avec tout ce qui en faisait partie lors de la vente, comme les fruits pendans alors par les racines, s'ils n'ont point été exceptés.

Il faut se garder de l'appliquer aux autres cas, et de prendre la première disposition dans le sens littéral. On s'écarterait des vrais principes qui sont que cette chose doit être livrée dans l'état où elle se trouve au temps de la tradition, lorsque son changement d'état, soit en mieux, soit en pire, ne provient pas du fait du vendeur.

Si elle augmente naturellement, c'est au profit de l'acquéreur. Si elle se détériore de même, c'est à son détriment.

Si on entendait autrement la règle posée ici, il y aurait antinomie avec l'article 1245, au titre des Contrats et Obligations.

1499. L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel.	1499. The obligation to deliver the thing comprises its accessories and all that has been designed for its perpetual use.

---

* *C. N.* 1615. } L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel.

---

* *C. L.* 2466. } L'obligation de délivrer la chose comprend les accessoires, les dépendances sans lesquelles elle serait inutile, et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel.

---

* *ff. De action. empti, Liv.* 19, *Tit.* 1, *L.* 17, § 7. } Labeo generaliter scribit, ea quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse ; quæ vero ad præsens, non esse ædificii : utputà fistulæ temporis quidem causa positæ, non sunt ædium : verumtamen, si perpetuo fuerint positæ, ædium sunt. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Labéon dit en général que tout ce qui est dans une maison pour perpétuelle demeure, fait partie de la maison : que ce qui n'y est que pour un temps n'en fait pas partie ; par exemple, des tuyaux qui ne sont placés que pour un temps, ne font point partie de la maison ; ils n'en font partie que quand ils y sont placés pour toujours. (ULPIEN).

Voy. autorités sur art. 1498 et *C. C. B. C., art.* 1024.

---

5 *Boileux, sur art.* 1615 *C. N.* } Ainsi, la vente d'un immeuble comprend les clefs des bâtiments et les titres de propriété ; les animaux attachés à la culture ; les instruments aratoires ; les glaces placées sur parquet faisant corps avec la boiserie ; en un mot, tous les objets devenus immeubles par destination.

Le point de savoir si tel objet est un accessoire ou une dépendance de la chose vendue, n'est qu'une question de fait abandonnée à l'appréciation des tribunaux (1).

(1) *Voyez* sur les accessoires des choses vendues, Pothier, Intr. à la cout. d'Orléans, n. 47 et 48. Troplong, vente, n. 323. Duvergier, vente, n. 275. Merlin, Rép. v. accessoires et v. achat, n. 15. Toulouse, 21 juin 1812. Cass. 18 juillet 1822. Bordeaux, 24 juillet 1826. Cass. 18 juillet 1826. Toulouse, 1er juin 1827. Bordeaux, 23 janvier 1828. Cass. 1er juillet 1834. Dev. 35. 1. 286. 14 juillet 1840. Dev. 40. 1. 910. Rouen. 14 juin 1843. Dev. 43. 1. 519. Cass. 25 juillet 1843. Dev. 43. 1. 839. Grenoble, 29 novembre 1843. Dev. 44. 2. 490. — Plusieurs de ces arrêts sont relatifs à la propriété d'un moulin,

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Introd. générale aux Coutumes*, *n*os 47, 48. } 47. Les *immeubles* sont les fonds de terre et maisons, et tout ce qui en fait partie.—Ce qui est dans une terre seulement pour son exploitation, n'en fait pas partie, et est meuble : *instrumentum fundi non est pars fundi.* Tels sont les bestiaux et les meubles aratoires.—Les choses qui font partie d'un héritage, sont celles qui servent en quelque façon à le compléter, et qui y sont pour perpétuelle demeure, surtout si elles y sont cohérentes. C'est par cette raison que notre coutume déclare immeubles les moulins à vent, les pressoirs, comme cohérents et faisant partie de l'héritage où ils se trouvent. Quoique les échalas ne soient que légèrement cohérents à la terre, et qu'on les en retire tous les ans, néanmoins comme ils sont dans l'héritage à demeure, et qu'ils paraissent faire comme un corps avec la vigne qui y est attachée, ils sont censés faire partie de l'héritage, et sont réputés immeubles. Les pailles, fourrages et fumiers d'une terre sont aussi réputés immeubles et parties de l'héritage. (L. 7, § 2, ff. *de act. empt.*)—La raison de la perpétuelle demeure a fait aussi réputer partie de l'héritage et immeuble, l'artillerie d'un château, les ornements, vases et livres servant au culte divin dans la chapelle du château ; les choses qui étant mises dans une maison ou autre héritage par le propriétaire, sont censées y être mises pour perpétuelle demeure, et en faire en conséquence partie.—Elles sont pareillement censées y être mises pour perpétuelle demeure, et faire partie de la maison ou autre héritage, lorsqu'elles y ont été mises par un emphytéote qui avait la seigneurie utile reversible de ladite maison ou autre héritage. La raison en est qu'il est de la nature des baux emphytéotiques qu'ils soient faits dans la vue que l'emphytéote fera des améliorations à l'héritage ; qu'il ne puisse, en conséquence, enlever à la fin du bail, ni même dans un temps voisin de l'expiration du bail, celles qu'il y a faites : en quoi un emphytéote diffère d'un simple usufruitier.—Sur plusieurs autres choses qui sont censées, ou non, faire partie d'un héritage ou d'une maison, *V.* les

arts. 354, 355, 356 de notre coutume, et les notes sur ces articles, où nous donnons des règles pour décider ce qui fait, ou non, partie d'une maison.

48. Observez à l'égard des choses qui font partie d'une maison ou autre héritage, qu'elles sont censées immeubles, et continuent d'en faire partie, quoiqu'elles en aient été détachées, tant que leur destination est d'y être replacées : tels sont les échalas, qu'on sépare de la vigne pendant l'hiver, pour les y remettre au printemps ; les tuiles qu'on a ôtées de dessus une couverture pour les y remettre après que la couverture aura été réparée.—Cette destination conserve bien la qualité d'immeubles aux choses qui ont été déjà attachées à l'héritage, mais elle ne suffit pas pour la leur acquérir. C'est pourquoi des échalas, des tuiles et autres matériaux, quoique déjà voiturés sur l'héritage pour y être attachés, n'en sont point censés faire partie, et conservent leur qualité de meubles jusqu'à ce qu'ils y soient effectivement attachés.

---

* 1 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 1, *Tit.* 2, *sec.* 4, *nos* 9-11. } 9. Tout ce qui fait partie de la chose vendue, ou qui en est un accessoire, entre dans la vente, s'il n'est réservé. Ainsi, les arbres qui sont dans un héritage, les fruits pendans, les échalas qui sont dans une vigne, les clefs d'une maison, les tuyaux qui y conduisent une fontaine, ses servitudes, et tout ce qui y est attenant et destiné à perpétuelle demeure, et les autres accessoires semblables, font partie de ce qui est vendu, et sont à l'acheteur.

10. Les choses détachées d'un bâtiment, mais dont l'usage y est accessoire, comme la corde et les sceaux d'un puits, les robinets d'une fontaine, son bassin et autres semblables, et celles aussi qui n'ont été détachées que pour les y remettre, en sont des accessoires, et entrent dans la vente (C. civ. 1615) ; mais non celles qui, étant destinées pour y être mises, ne l'étaient pas encore. Et, pour juger en particulier des cas où toutes ces sortes d'accessoires entrent dans la vente ou n'y

entrent point, il faut considérer les circonstances de l'usage de ces choses, de leur destination à cet usage, du lieu où elles sont lors de la vente, de l'état des lieux vendus, et surtout de l'intention des contractans, pour reconnaître ce qu'on a voulu comprendre dans la vente, ou n'y pas comprendre.

Une maison doit être délivrée avec les clefs des portes et autres ustensiles qui en dépendent. Les titres, les plans et autres renseignemens sont aussi des accessoires ; mais le vendeur n'est pas tenu d'en donner d'autres que ceux énoncés au contrat.

11. Les accessoires des choses mobilières qui peuvent en être séparés, entrent dans la vente ou n'y entrent pas, selon les circonstances. Ainsi, un cheval étant exposé en vente sans son harnais, l'acheteur n'aura que le cheval nu ; et s'il est présenté en vente avec le harnais, il aura le tout, si ce n'est que dans l'un et dans l'autre cas il eût été convenu d'une autre manière.

1500. Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, sous les modifications ci-après exprimées.

1500. The seller is obliged to deliver the full quantity sold as it is specified in the contract, subject to modifications hereinafter specified.

---

* *C. N.* 1616. } Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, sous les modifications ci-après exprimées.

---

* *ff. De contrah. emp., Liv.* 18, *Tit.* 1, *L.* 51. } Littora quæ fundo vendito conjuncta sunt, in modum non computantur : quia nullius sunt, sed jure gentium omnibus vacant : nec viæ publicæ, aut loca religiosa vel sacra. Itaque, ut proficiant venditori, caveri solet, *ut viæ, item littora et loca publica in modum cedant.* (ULPIANUS).

Ibidem. } Les rivages qui bordent le fonds vendu
Trad. de M. Hulot. } ne sont pas mesurés dans l'arpentage qu'on fait du fonds ; parce que ces rivages n'appartiennent à personne, et que, suivant le droit des gens, l'usage en est commun à tout le monde. Il en est de même des chemins publics, des lieux religieux et sacrés. Ainsi, si le vendeur veut en tirer quelqu'avantage, on doit convenir expressément que ces terrains seront compris dans la mesure du fonds vendu. (ULPIEN).

---

* *ff. De periculo et comm. rei venditæ,* } Quod venditur, in
Liv. 18, *Tit.* 6, *L.* 7, § 1. } modum agri cedere debet : nisi si id actum est, ne cederet. At quod non venit, in modum cedendum, si idipsum actum est, ut cederet : veluti viæ publicæ, limites, luci qui fundum tangunt. Cùm vero neutrum dictum est, cedere non debet : et ideo nominatim caveri solet, *ut luci, viæ publicæ quæ in fundo sint, totæ in modum cedant.* (PAULUS).

Ibidem. } Tout ce qui est vendu doit être mesuré
Trad. de M. Hulot. } avec le terrain, à moins qu'on ne soit convenu qu'il ne le seroit pas. Les terrains qui ne souffrent pas la mesure doivent être cédés par le vendeur, si l'intention étoit qu'ils accédassent à la vente : comme sont les chemins publics, les lignes qui forment les limites de la terre, les bois qui la bordent. Mais si on n'est convenu de rien à leur égard, ils ne forment point un accessoire de la vente : c'est ce qui fait qu'on a coutume d'insérer la clause que les chemins publics, les bois qui se trouveront dans le fonds, seront mesurés et formeront l'accessoire de la vente. (PAUL).

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), } 250. Lorsque la chose vendue se
Vente, n° 250 *et s.* } trouve d'une moindre contenance que celle exprimée par le contrat, le vendeur est obligé envers l'acheteur de lui faire raison de ce défaut de contenance; comme si, par exemple, en vendant une métairie on a expri-

mé qu'elle était de trois cents arpents de terres labourables, et qu'il ne s'en trouve que deux cent cinquante; si l'on a vendu une cuve comme étant de la contenance de quinze pièces de vin, et qu'elle n'en contienne que douze.

251. Pour connaître si le vendeur a rempli à cet égard ses engagements, il faut savoir ce qui doit être compris dans la contenance exprimée par le contrat : il faut tenir pour règle qu'on ne doit comprendre dans la contenance que ce qui fait partie de la chose vendue, à moins qu'on ne soit convenu du contraire. C'est pourquoi, si l'on m'a vendu un champ, qu'on a déclaré être de dix arpents, et que ce champ soit traversé par un chemin public ; quoique le chemin soit renfermé dans le champ, néanmoins il ne doit point être compté dans le mesurage du champ, et le champ doit contenir les dix arpents, non compris le chemin ; à moins qu'il ne fût dit expressément que le champ contenait dix arpents, y compris le chemin; car ce chemin étant public, ne fait point partie de la chose vendue ; L. 51. ff. *de Contrah. empt.;* L. 7, § 1, *de Peric. rei vend.*

252. Lorsqu'on vend une maison et cinq arpents de vignes en dépendant, on doit comprendre dans les cinq arpents les haies et fossés : car ce qui sert à la clôture de l'héritage fait partie de ce qui est vendu, et par conséquent doit être compris, à moins qu'il ne fût dit expressément qu'il y avait cinq arpents, non compris les haies et les fossés : *Quod venditur in modum agri cedit, nisi id actum est ne cederet ; eâd.* L., § 1.

253. En déclarant la contenance d'un héritage on ajoute quelquefois ces termes, *ou environ;* par exemple, cinq arpents de vignes *ou environ*, cent arpents de bois *ou environ*, etc.

Le sens de ces termes est que le vendeur ne sera pas tenu du défaut de contenance, lorsque ce défaut sera peu considérable ; par exemple, si sur cinq arpents de vignes il ne manque que huit ou dix perches : car cinq arpents, à si peu de chose près, sont vraiment *cinq arpents ou environ.* Mais si le défaut était considérable, comme si sur les cinq arpents il s'en manquait un demi-arpent, ces termes *ou environ*, n'empê-

cheraient pas que le vendeur ne fût tenu du défaut de contenance.

---

5 *Boileux, sur art.* 1616 *C. N.* } Cet article et ceux qui suivent, sont relatifs à l'étendue de l'obligation du vendeur quant à la contenance de la chose vendue :

La loi pose en principe, que le vendeur est débiteur de la contenance portée au contrat ; il ne peut donc, en général, se dispenser d'en faire délivrance, même en consentant une réduction sur le prix.—L'acheteur, de son côté, ne peut, en offrant un prix plus élevé, exiger qu'on lui livre au-delà de ce qui a été promis.

Lorsque la vente a eu des meubles pour objet, on distingue : si elle a été faite au poids, au compte ou à la mesure, la règle de notre article est d'une application facile ; elle doit s'interpréter à la rigueur.

Lorsqu'elle a été faite en bloc, on ne doit pas juger le vendeur avec autant de sévérité : par exemple, l'acheteur ne serait pas fondé à se plaindre de la tare ou du déficit causé par la compression des marchandises (Pardessus, n. 285, t. 3).

En ce qui concerne les immeubles, il peut arriver que le vendeur ait déclaré, dans le contrat, une contenance plus ou moins forte que la contenance réelle : cette différence donnera lieu, suivant les cas, à l'augmentation ou à la diminution du prix et même à la résiliation du marché ; comme aussi, elle pourra être négligée, à raison de son peu d'importance. —A cet égard, deux cas sont prévus par le Code : la vente est faite à tant la mesure (1617 et 1618) ; ou elle est faite pour un seul prix (1619, 1620 et 1623).—Mais quatre autres positions peuvent se présenter :

1° Vente d'un immeuble déterminé sans indication de contenance : par exemple, tel terrain tenant d'une part à... et aboutissant d'autre part à...,—aucune difficulté ne peut se présenter en ce cas : la chose passe aux risques de l'acheteur à partir du contrat ; il n'y a lieu ni à augmentation ni à diminution de prix en raison de la contenance ;

[ARTICLE 1501.]

2° Vente d'un certain nombre de mesures à prendre dans un terrain déterminé ;—chaque unité de mesures amène son unité de prix ;

3° Vente d'un ou plusieurs immeubles avec indication de contenance ; mais avec stipulation de non garantie : — cette vente a pour objet un corps certain et déterminé ; la chose devient la propriété de l'acheteur et passe à ses risques à partir du contrat ;

4° Vente d'un immeuble déterminé sans indication de contenance, mais à raison de tant la mesure : — le vendeur conserve son droit de propriété ; par conséquent, il demeure tenu des risques jusqu'au moment du mesurage : la vente n'est parfaite qu'après cette opération.—Il n'y a pas lieu d'appliquer ici la règle de l'article 1617 ; car cet article ne statue que pour le cas où la vente a eu lieu avec indication de contenance.

—A quelle mesure les denrées et marchandises sont-elles censées vendues, quand le contrat ne contient aucune explication sur ce point ? — Les parties sont présumées avoir voulu adopter la mesure du lieu où doit se faire la délivrance (Dur., n° 218 ; Troplong, n° 325).

Quid, dans les ventes de fonds de terre, lorsque les parties ont négligé de désigner la contenance par l'emploi des mesures décimales : doit-on s'attacher à la mesure du lieu de la situation des biens ? — On présume que le vendeur a prétendu se référer à cette mesure ; l'acheteur devait la connaître (Dur., n° 119).

1501. [Si un immeuble est vendu avec indication de sa contenance superficielle, quels qu'en soient les termes, soit à tant la mesure, ou moyennant un seul prix pour le tout, le

1501. [If an immoveable be sold with a statement, in whatever terms expressed, of its superficial contents, either at a certain rate by measurement, or at a single price for the

vendeur est obligé de délivrer toute la quantité spécifiée au contrat; si cette délivrance n'est pas possible, l'acheteur peut obtenir une diminution du prix, suivant la valeur de la quantité qui n'est pas délivrée.

Si la contenance superficielle excède la quantité spécifiée, l'acheteur doit payer pour tel excédant; ou il peut, à son choix, le remettre au vendeur.]

whole, the seller is obliged to deliver the whole quantity specified in the contract; if such delivery be not possible, the buyer may obtain a diminution of the price according to the value of the quantity not delivered.

If the superficial contents exceed the quantity specified, the buyer must pay for such excess of quantity, or he may at his option give it back to the seller.]

---

* *C. N.* 1617, 1618, 1619, 1620. } 1617. Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat.

Et si la chose ne lui est pas possible, ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix.

1618. Si, au contraire, dans le cas de l'article précédent, il se trouve une contenance plus grande que celle exprimée au contrat, l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix, ou de se désister du contrat, si l'excédant est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée.

1619. Dans tous les autres cas,

Soit que la vente soit faite d'un corps certain et limité,

Soit qu'elle ait pour objet des fonds distincts et séparés,

Soit qu'elle commence par la mesure, ou par la désignation de l'objet vendu suivie de la mesure,

L'expression de cette mesure ne donne lieu à aucun sup-

plément de prix, en faveur du vendeur, pour l'excédant de mesure, ni en faveur de l'acquéreur, à aucune diminution du prix pour moindre mesure, qu'autant que la différence de la mesure réelle à celle exprimée au contrat est d'un vingtième en plus ou en moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus, s'il n'y a stipulation contraire.

1620. Dans le cas où, suivant l'article précédent, il y a lieu à augmentation de prix pour excédant de mesure, l'acquéreur a le choix ou de se désister du contrat ou de fournir le supplément du prix, et ce avec les intérêts s'il a gardé l'immeuble.

Voy. autorités sur arts. 1065 et 1500 et remarques de *MM. les Commissaires* sur le présent article.

---

* 3 *Pothier* (*Bugnet*), *Vente*, *nos* 254, 255, 258. } 254. De même que le vendeur est tenu de faire raison à l'acheteur du défaut de contenance, lorsqu'elle se trouve moindre que celle exprimée ; *vice versâ*, l'acheteur sera-t-il tenu de faire raison du surplus, si elle se trouve plus grande? Il faut dire que non. La raison est que le champ, par exemple, qu'on a, par erreur, déclaré être de dix arpents, quoiqu'il fût de onze arpents, a été vendu entier; l'intention des parties n'a pas été qu'il en fût rien excepté. La clause par laquelle le vendeur assure qu'il est de la contenance de dix arpents, n'est qu'en faveur de l'acheteur ; c'est le vendeur seul qui promet et qui s'engage. L'acheteur, par cette clause, ne contracte aucun engagement, et par conséquent ne peut être tenu de faire raison du surplus de la contenance.

Non-seulement il n'en est pas tenu, mais si une petite portion du champ était évincée à l'acheteur, quoique ce qui lui reste eût la contenance portée par le contrat, le vendeur ne laisserait pas d'être tenu de l'éviction de cette partie. C'est la décision de la loi 45, ff. *de Evict.*, et c'est une suite du principe que nous venons d'établir. En effet, dès que la décla-

ration de la contenance ne contient de la part du vendeur aucune réserve, il s'ensuit que la portion qui a été évincée faisait partie de ce qui est vendu, et que l'éviction de cette portion doit donner lieu à l'action de garantie contre le vendeur.

255. Ce que nous venons de décider, " que l'acheteur n'est pas tenu de faire raison ou de ce qui se trouve de plus que la contenance portée au contrat," a lieu seulement dans les ventes faites *per aversionem*, c'est-à-dire, dans lesquelles on est convenu d'un seul et unique prix pour tout ce qui était vendu, et non pas dans celles qui se font à raison de tant l'arpent, tant la mine, etc. Il est évident que dans celles-ci l'acheteur doit faire raison de ce qu'il y a de plus que la contenance portée au contrat.

258. L'action de l'acheteur pour le défaut de contenance, consiste à obtenir contre le vendeur une diminution du prix proportionnée à ce qui manque de la contenance déclarée au contrat.

Cette diminution est facile à régler, lorsqu'on a déclaré en général la contenance de toute la chose vendue. Comme si l'on a dit " qu'un lot de terre est de dix arpents ", et qu'il n'en contienne que neuf ; il est clair que c'est le dixième du prix qu'il faut diminuer.

Mais si l'on a déclaré que, dans une métairie composée de terres de différente nature, il y en a une certaine quantité en telle nature ; par exemple, tant en vignes, il faudrait faire une ventilation et estimer le défaut de contenance dans les vignes à proportion de ce que les vignes sont plus précieuses que les terres d'une autre nature dont la métairie est composée.

---

* 1 *Troplong*, *Vente*, *n°* 336, *note* 2, 338, 339, 340. } Suivant Voët, Grotius, Pinellus et autres, l'acheteur avait l'option de payer le supplément de prix ou *de laisser au vendeur l'excédant de contenance* (Voët, ad Pand., *De cont. empt.*, n° 7). Aujourd'hui, l'acheteur ne pourrait exiger un retran-

chement ; car la chose vendue EN ENTIER ne saurait être fractionnée contre le gré du vendeur. L'acheteur n'a que l'option de payer ou de se désister.

338. La rédaction de cet article est savante. Elle embrasse et prévient un grand nombre de difficultés. Pour comprendre à fond ses dispositions, il faut absolument remonter à l'ancienne jurisprudence.

Si l'on consulte Voët, on voit que ce jurisconsulte soutient que, d'après les lois romaines, lorsqu'un immeuble était vendu comme corps, et non à tant la mesure, *ad corpus*, *non ad quantitatem*, le défaut ou l'excédant de mesure n'était jamais un motif de diminuer ou d'augmenter le prix, à moins toutefois qu'il n'y eût dol et mensonge affecté de la part du vendeur.

D'autres soutenaient au contraire (et c'était le plus grand nombre) que lorsque le vendeur aliénait un corps certain avec indication de mesure, il était tenu de parfaire la contenance au cas de déficit ; qu'il n'en était dispensé qu'autant qu'il n'avait rien assuré sur la contenance, et qu'il avait dit, par exemple : *Je vous vends ce domaine*, *contenant cent arpents ou* ENVIRON (1). Au contraire, en ce qui concerne l'acheteur, ils voulaient que, lorsqu'il se trouvait un excédant de contenance, le vendeur délivrât la chose entière, et n'eût pas droit à un supplément de prix, si toutefois la vente avait commencé par le corps. Il est juste, disaient-ils, que tout soit au profit de l'acheteur qui a été induit à acheter à tel prix ; le vendeur ne doit se plaindre que de lui-même, car rien ne l'obligeait à vendre en bloc et à fixer un prix définitif. Seulement, lorsque le vendeur, ayant vendu deux fonds, avait dit que chacun d'eux contenait un certain nombre d'arpents, tandis que l'un

(1) Despeisses, p. 45, n° 15. Covarruvias, lib. 1, *Practic. quæst.*, c. 3, n° 1. Maynard, liv. 4, ch. 28. Fachinée, lib. 2, c. 27. Brunemann, sur la loi dernière, au Dig. *De peric. et com.* Arrêts du parlement de Dijon du 28 juin 1603, du parlement de Toulouse de février 1580. Pothier, Vente, n°s 251, 254. On invoquait les lois 2 et 24, § 1. Dig. *De act. empt.* L. 42, id. L. 69, § dernier, Dig. *De evict.*

contenait plus, l'autre moins, on faisait compensation. Et si néanmoins l'acheteur se trouvait encore en perte, on voulait que le vendeur l'indemnisât en fournissant toute la contenance promise. Mais si la vente avait commencé par la mesure, par exemple, je vous vends 60 arpents qui constituent cet immeuble, l'acheteur devait payer tout ce qu'il recevait.

339. Un système plus équitable a été adopté par le Code. La position du vendeur a été égalée à celle de l'acheteur. On n'a pas voulu qu'une erreur involontaire fût pour le vendeur une cause de perte, et pour l'acheteur une occasion de s'enrichir aux dépens d'autrui.

La distinction entre les ventes qui commencent par la mesure, et celles qui commencent par la chose, est effacée. Le plus souvent elle jouait sur les mots ; elle était une source de disputes puériles. Toutes les fois qu'une vente n'est pas faite à tant la mesure, elle est vente en bloc, et la formule dont les parties se sont servi ne peut rien changer à cela.

Si elle est vente en bloc, et si elle porte sur un corps certain, ou bien sur plusieurs fonds distincts et séparés, qui sont autant de corps certains, l'énonciation de mesure est secondaire. Une erreur de peu d'importance dans la contenance de l'immeuble vendu ne doit rien changer aux stipulations de la vente ; car les procédés pour arpenter les propriétés ne peuvent jamais conduire à une exactitude rigoureuse, et il y a toujours quelques erreurs en plus ou en moins dans leur résultat. Ensuite, le temps amène nécessairement des variations dans la limite des héritages. S'ils consistent en terres labourables, la charrue pousse son sillon sur le champ du voisin, et conquiert lentement et imperceptiblement un accroissement de contenance qui peut-être leur est ravi d'un autre côté. S'ils sont voisins des forêts, le sol forestier tend à s'agrandir sans cesse à leurs dépens. L'expression de mesure comporte donc toujours dans les immeubles quelque chose d'incertain, et il ne fallait pas se montrer à cet égard d'une sévérité qui n'aurait fait qu'attiser l'esprit de chicane.

Mais si l'erreur de contenance est assez grande pour qu'il

en résulte un préjudice réel, chaque partie a le droit de réclamer. D'après notre article, il faut qu'elle soit d'un vingtième. Un vingtième en moins donnera droit à l'acheteur d'exiger que le vendeur fournisse la quantité déclarée, ou subisse une diminution proportionnelle de prix ; un vingtième en plus autorisera le vendeur à réclamer un supplément de prix, conformément à l'art. 1620 que nous examinerons tout à l'heure.

340. Néanmoins des stipulations spéciales peuvent déroger à ces combinaisons de la loi. (Art. 1619).

---

* 6 *Marcadé, sur art.* 1617-18 *C. N.* } I.—Ces deux articles prévoient la quatrième des six hypothèses indiquées plus haut, celle d'un immeuble déterminé, vendu avec cette double circonstance, que la contenance est indiquée, et qu'un prix particulier est fixé pour chaque mesure, soit qu'il y ait ou non indication de prix général. Ainsi, on vend une vigne de 20 hectares pour 3,000 francs l'hectare, soit qu'on exprime ou non le prix total de 60,000 francs.

Dans ce cas, la différence entre la contenance déclarée et la contenance réelle produit des effets plus ou moins énergiques, selon qu'elle est en moins ou en plus. Quand elle est en moins, si minime qu'elle soit, l'acheteur peut toujours exiger que le vendeur lui procure ce qui manque, si c'est possible, c'est-à-dire si ce vendeur est propriétaire du terrain contigu, ou s'il peut lui-même l'acquérir à des conditions modérées ; si ce n'est pas possible, ou si l'acquéreur n'y tient pas, il y aura diminution proportionnelle du prix : ainsi, dans l'exemple ci-dessus, si, au lieu de 20 hectares, il n'y en a que 19 et demi, le prix sera diminué de 1,500 francs, et s'il y avait 19 hectares 80 ares, il sera diminué de 600 francs. Quand la différence est en plus, elle n'a d'effet, d'après l'art. 1618, qu'autant qu'elle est d'un vingtième : l'acheteur est alors obligé de subir une augmentation proportionnelle de son prix, à moins qu'il ne préfère rompre le marché. Notons bien

que c'est quand l'excédant de contenance est *d'un vingtième* que la règle s'applique, et non pas *de plus d'un vingtième*, comme on le dit quelquefois ; le texte de l'art. 1618 et les explications réitérées des travaux préparatoires ne permettent pas le doute à cet égard.

Nous venons de dire que, tandis que le déficit dans la contenance donne toujours, et quel qu'il soit, une diminution de prix, l'excédant, au contraire, ne donne lieu à l'augmentation (sauf le droit pour l'acheteur de résilier le contrat) que quand il est d'un vingtième; et cette solution paraît, en effet, d'une exactitude bien manifeste en présence de nos deux art. 1617 et 1618, puisque le premier accorde à l'acheteur la diminution du prix, par cela seul qu'il y a déficit, sans s'occuper de l'importance de ce déficit, tandis que le second n'admet l'augmentation que quand l'excédant est d'un vingtième. Cependant les quatre auteurs qui ont songé à se demander si l'excédant de moins d'un vingtième produirait un effet, décident tous que cet excédant donnerait également lieu à l'augmentation de prix, et que la seule différence entre l'excédant inférieure à un vingtième et l'excédant d'un vingtième, c'est que le premier n'autoriserait pas l'acheteur à résilier, comme le lui permet le second.

Ce système, à l'appui duquel Delvincourt seul donne quelques motifs, en le présentant toutefois comme douteux, tandis que MM. Troplong, Duvergier et Zachariæ le présentent comme allant de soi et sans prendre la peine de le discuter, ne nous paraît guère soutenable. Argumentera-t-on, en effet, de ce que Pothier voulait que tout excédant donnât ici lieu à l'augmentation de prix? Mais qu'importe, puisque le Code, dans nos deux articles comme dans l'article suivant, a rejeté les règles de l'ancien droit pour en créer de nouvelles ?... Il ne serait pas juste, dira-t-on, que le vendeur n'obtînt pas une augmentation de prix pour tout excédant, alors que l'acheteur a droit d'une diminution pour tout déficit. Mais qui ne voit la différence de position des deux parties ? Qui ne voit que, la déclaration de contenance étant faite par le vendeur,

refuser le prix de l'excédant à celui-ci, c'est simplement lui faire subir le résultat de sa propre faute, tandis que refuser à l'acheteur la diminution du déficit, c'eût été le punir de la faute d'un autre?... On veut enfin tirer argument du rapprochement de nos articles avec l'art. 1619, en disant que, puisque celui-ci entend poser une règle contraire à la nôtre quand il refuse l'augmentation du prix, aussi bien que sa diminution, pour toute différence de moins d'un vingtième, c'est donc que nos art. 1617 et 1618 entendent accorder l'une comme l'autre. Mais cet argument est évidemment mauvais, puisque la contrariété des deux règles existera toujours quand on les entendra dans ce sens, que la première admet la diminution, mais refuse l'augmentation, tandis que la seconde admet l'une et l'autre en même temps.

Et maintenant, comment ne pas voir la vraie pensée du législateur, quand on a soin de bien examiner, d'une part, les principes généraux, et de recourir d'ailleurs aux travaux préparatoires? Quant aux principes, n'est-il pas manifeste qu'on ne peut jamais forcer un acheteur à prendre un bien pour un prix plus fort que celui qu'il a consenti payer, plus fort peut-être que celui qu'il peut payer? Imposer l'obligation de payer un prix excédant celui de la convention, quand on met en regard la faculté de rompre le marché, à la bonne heure : l'acheteur ne peut pas se plaindre, quand on lui donne ainsi le choix ou de subir l'augmentation, ou de résilier le marché ; et c'est, en effet, ce que fait le Code, et dans notre art. 1617, et dans les art. 1619 et 1620. Mais toutes les fois que ce droit de résilier n'existe pas, il est clair que l'obligation de payer un excédant ne peut pas exister non plus : je ne puis pas, parce que l'immeuble que vous m'avez affirmé n'être que de 20 hectares est de 20 hectares 80 ares, être obligé, par votre seule faute, à vous payer 62,400 francs, alors que je n'ai voulu donner, et que peut-être je ne puis donner que 60,000 fr. Sans doute, si en me demandant cette augmentation de 2,400 francs on me laissait libre de l'éviter en résiliant le marché, ce serait acceptable ; mais me contraindre, malgré la con-

vention, à payer quand même 2,400 francs que je ne dois pas et que je n'ai pas, ce serait une iniquité que la loi ne pouvait pas commettre. Aussi cette idée a-t-elle été aussi loin de sa pensée qu'elle l'est de son texte, comme on le voit par les travaux préparatoires. C'est ainsi que l'Exposé des motifs présente l'analyse de nos art. 1617 et 1618 en ce sens que le déficit donne lieu au supplément de prix par lui-même, tandis que l'excédant ne donne jamais lieu au supplément, comme à la faculté de résilier, qu'à la condition d'être d'un vingtième : " *Y a-t-il un déficit?* l'acquéreur peut exiger le complément ou se contenter d'une diminution du prix. *Y a-t-il un excédant, et cet excédant est-il d'un vingtième?* l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix ou de se désister de son achat." Le Rapport du Tribunat, sans être plus significatif, est du moins plus explicite : " S'il y a déficit, *quelque modique qu'il soit*, l'acquéreur... doit obtenir une diminution proportionnelle du prix. Si, au contraire, la quantité délivrée excède, il faut, *pour que le vendeur ait droit de demander un supplément de prix*, que l'excédant soit d'un vingtième." (Fenet, XIV, p. 121 et 163.)

II.—L'acquéreur, qui peut toujours se désister par cela seul que la contenance est d'un vingtième en plus, ne le pourrait pas également par cela seul qu'elle serait d'un vingtième en moins, tout le monde est d'accord à cet égard ; mais ne le pourrait-il pas, s'il prouvait qu'il n'aurait pas acheté s'il avait connu la différence de la contenance réelle à la contenance déclarée, attendu que le terrain se trouve insuffisant pour la destination qu'il voulait lui donner ? M. Troplong enseigne la négative (nos 330, 331) ; mais sa doctrine nous paraît manifestement inexacte, et c'est avec raison qu'elle est repoussée par tous les autres auteurs.

Sans doute la faculté de résilier dans ce cas ne résulte pas de notre art. 1617, et c'est là tout ce que signifie un passage du Rapport de M. Grenier, cité par M. Troplong, passage dans lequel on lit que " l'acquéreur est toujours *présumé* avoir voulu acheter, attendu qu'il en a les moyens, puisqu'il vou-

lait acquérir une contenance plus grande." (Fenet, p. 196.) Mais cette faculté résulte alors des principes généraux, et l'acheteur ne peut plus être *présumé* avoir voulu acheter, quand *il prouve* qu'il n'aurait pas acheté. On ne peut pas me forcer à prendre un terrain que je n'achetais que pour un usage auquel la contenance par vous déclarée le rendait propre et auquel le défaut de cette contenance le rend impropre.

III.—Une dernière question que soulèvent nos articles, c'est de savoir si la vente qu'ils prévoient est immédiatement parfaite, ou si la nécessité du mesurage à faire ne doit pas être considérée comme une condition dont l'accomplissement seul ferait passer à l'acheteur la propriété de la chose et ses risques. M. Duranton (XVI, 226), sans en donner toutefois aucun motif, professe cette dernière doctrine; mais quoique cette opinion pût s'étayer de l'autorité de beaucoup d'anciens docteurs, nous la croyons manifestement inexacte sous le Code Napoléon.

Il est bien vrai, en effet, que Bartole, Favre et d'autres enseignent que, même quand la vente a pour objet un *certum corpus*, on doit cependant la considérer comme vente *ad mensuram* et non comme vente *ad corpus*, du moment qu'il y a, comme dans le cas de nos articles, une indication du prix particulier de chaque mesure, *distributio pretii pro qualibet mensura.* Mais Pothier tenait pour la doctrine contraire; il enseignait que la vente est toujours pure et simple, *quamvis sub lege metiendi facta sit*, du moment que *ea res est quæ per se certam finitionem habet*, et non de celles *quæ natura sua mensura constant;* et le Code a consacré sa doctrine, comme il était rationnel de le faire. Pourquoi donc, en effet, la vente ne serait-elle pas dès à présent parfaite? est-ce que, si la chose est déterminée, le prix ne l'est pas aussi? Quand je vous ai vendu ma vigne de 20 hectares pour 3,000 francs l'hectare, est-ce que le prix de 60,000 francs, alors qu'il ne serait pas exprimé, n'est pas connu? Il est vrai que, dans le vœu des contractants, il reste un mesurage à faire; mais ce

mesurage ne constitue nullement une condition par l'accomplissement de laquelle le prix serait fixé ; ce n'est qu'un moyen de vérification et de contrôle de l'erreur qui aurait pu être commise : dès à présent le prix est fixé (sauf modification, si une erreur est reconnue), dès à présent la vente existe (sauf résiliation, s'il y a lieu). Tout ceci devient certain en présence des textes ; dès à présent il y a prix de vente, puisque l'art. 1617 nous dit que le déficit de contenance produirait une *diminution du prix ;* dès à présent la vente existe, puisque, d'après l'art. 1622, c'est à sa *résiliation* que l'excédant d'un vingtième donnerait lieu. Enfin, le prix existe si bien, et la vente est si bien formée, que, d'après cet art. 1622, si l'acheteur laisse passer une année sans agir, tout est désormais irrévocable.

C'est donc à l'instant même du contrat que l'acheteur devient propriétaire de la chose et en supporte les risques.

Le mesurage doit, au surplus, comme rentrant dans les actes de délivrance, se faire aux frais du vendeur.

---

* 13 *Pand. frs., sur arts.* 1617-8-9, *C. N.* } 68. Cette disposition est nouvelle. Elle est équitable et juste en elle-même. Dans l'hypothèse de cet article, c'est moins un corps qui a été vendu qu'un certain nombre de mesures. Un prix particulier ayant été attaché à chacune d'elles, celui total doit augmenter ou diminuer, suivant que le nombre de mesures est supérieur ou inférieur à celui énoncé.

La faculté accordée à l'acquéreur par cet article, de se départir de la vente lorsque la contenance réelle surpasse celle exprimée, est fondée sur une raison d'équité. C'est pour ne pas l'exposer à exécuter une vente qui serait au-dessus de ses moyens.

Mais l'excédant pour lequel on lui donne le droit d'exercer cette faculté, nous semble bien modique. Un homme qui achète un domaine de trente mille francs, ne doit guères être embarrassé de donner 1500 francs de plus. Le premier projet

exigeait que l'excédant fût au moins d'un dixième ; et le procès-verbal porte que cette disposition a été adoptée. C'est vraisemblablement parce que, dans l'article suivant, on a réduit au vingtième le déficit qui donnerait lieu à la garantie de mesure, que l'on a substitué dans celui-ci le vingtième au dixième. Mais on sent que la raison n'est pas la même dans ces deux cas qui diffèrent essentiellement l'un de l'autre.

Quoiqu'il en soit, il faut exécuter la loi dont le texte est formel. On ne peut que désirer qu'elle soit rectifiée en ce point.

69. Doit-on appliquer ici l'article 1585 ci-dessus, et regarder la vente comme imparfaite, jusqu'à ce que le mesurage soit fait ?

Il faut distinguer. Si on a vendu un certain nombre de mesures dans une pièce de terre, la vente n'est point parfaite jusqu'au mesurage. C'est le cas de l'article cité.

Mais si l'on a vendu un corps d'héritage, une ferme, par exemple, contenant tant de mesures, à raison de telle somme par mesure, la vente est parfaite indépendamment du mesurage, parce que dans ce cas, la chose vendue est, dès l'origine, constante et déterminé. C'est un corps certain.

70. Cet article change l'ancienne jurisprudence relativement au vendeur. La différence en plus, qui se trouvait entre la contenance réelle et celle énoncée, ne donnait lieu de sa part à aucune répétition en supplément de prix, à moins qu'elle n'opérât une lésion capable de donner lieu à la rescision. La raison est, comme le dit M. Pothier, que l'on a entendu vendre la chose entière, et que le champ, par exemple, déclaré être de douze hectares, quoiqu'il n'en ait que dix, ne doit pas moins être délivré en totalité.

Il est certain que le Code civil déroge ici à la règle qui n'admet la rescision en matière de vente que quand il y a lésion de plus des sept douzièmes dans le prix. Il est véritablement extraordinaire de voir un vendeur pouvoir demander un supplément de prix, quand l'héritage qu'il aura vendu contiendra vingt-un hectares au lieu de vingt qu'il aura dé-

clarés ; comme s'il n'avait pas entendu vendre l'héritage entier. Cependant on ne pourra pas, d'après la rédaction de cet article, repousser sa demande. Mais il est à désirer que cela soit changé.

71. Quant à l'acheteur, il n'y a point de difficulté. La contenance énoncée est entrée dans la détermination du prix qu'il a mis à la chose. Lorsque le déficit est considérable, il a été trompé dans son estimation. On a réglé à un vingtième la différence qui pourrait servir de base à une réclamation de sa part. Autrefois il suffisait ordinairement qu'elle excédât le trentième. Cependant on avait égard aux circonstances.

Remarquez que, suivant les termes de cet article, l'augmentation ou la diminution à faire sur le prix doit se régler non sur la quantité qui est en plus ou en moins, mais sur la valeur que cette quantité a relativement au total de l'objet vendu.

---

* 5 *Boileux, sur art.* 1619 *C. N., note* 2. } Sous notre ancienne jurisprudence, cette différence dans les formes était importante : suivant quelques auteurs, l'acheteur était tenu de payer tout ce qu'il recevait, si la vente commençait par l'indication de la mesure ; par ex., s'il était dit : je vous vends cent arpents qui constituent tel immeuble ;—au contraire, il n'y avait pas lieu à augmentation de prix si la désignation commençait par le domaine : la mesure était considérée comme un accessoire inutile.—Le Code a tari la source de ces difficultés qui, le plus souvent, roulaient sur des mots ; il n'a plus égard à la construction de la phrase. *Voyez* Malleville sur l'art. 1619. Troplong, t. 1, n. 338.

---

* 26 *Merlin, Rép., v° Vente,* § 2, *nos* 10, 11. } X. Si la chose vendue se trouve contenir moins que le contrat ne le porte, le vendeur est tenu de faire raison à l'acheteur de ce défaut : par exemple, si vous me vendez un pré comme contenant quarante arpens, tandis qu'il n'en contient que

trente, ou une pièce d'étoffe comme contenant vingt aunes de longueur, tandis qu'elle n'en contient que quinze, vous serez obligé de me faire raison des dix arpens ou des cinq aunes d'étoffe qui manquent pour compléter ce que j'ai entendu acheter.

[Si le contrat ne portait aucune désignation de l'étendue et de la quantité de la chose vendue, serait-on recevable à prouver par témoins que le vendeur a déclaré verbalement une plus grande étendue ou quantité que la chose vendue ne contient réellement ?

Voici une espèce dans laquelle le parlement de Paris a jugé que non, quoiqu'il s'y rencontrât des circonstances très-favorables à l'acheteur (nous la puisons dans la *Gazette des tribunaux*) :

" Le sieur Dauzai, propriétaire de la terre de Lonchard, du chef de sa femme, se proposa de la vendre, et la fit annoncer dans les affiches du Poitou, sans énumération du contenu des terres. Le sieur des Aages, sur le vu des affiches, et d'après des renseignemens pris du sieur Boncenne, procureur, chargé de les donner, et du sieur Chataignier, notaire à Poitiers, convint du prix de 45,000 livres et 1,344 livres de pot-de-vin.

" Le 10 mars 1781, promesse de Vente sous seing-privé, faite double entre les parties, avec promesse de passer contrat, pour jouir de la terre ainsi qu'en ont joui les auteurs, pour le prix arrêté.

" Le 31 mars, contrat de Vente de la terre et de ses dépendances, consistant en bâtimens et terres non spécifiées pour la quotité, cens, rentes, etc. ; pour en jouir ainsi qu'en ont joui les sieur et dame Corbin, et après, les sieur et dame Dauzai, vendeurs et ainsi que le tout a été acquis par l'acte du 12 avril 1760 (communiqué à l'acquéreur), pour le prix ci-dessus dit et arrêté.

" Le sieur des Aages se dégoûta promptement du marché qu'il venait de conclure ; il se plaignit d'avoir été trompé sur la contenance des terrains vendus, et fit assigner son vendeur en la sénéchaussée de Poitiers, pour être condamné à lui

payer une indemnité pour le *deficit* prétendu de 300 boisselées de terre, sous prétexte que la terre vendue ne contenait que 616 boisselées, au lieu de 900 environ, que le vendeur avait déclaré ; si mieux n'aimait consentir la résiliation de la Vente. Le sieur des Aages prit ensuite des lettres de rescision, fondées sur l'erreur de fait, le dol et la mauvaise foi.

" Pour parvenir à les faire entériner, le sieur des Aages demanda à faire preuve de différens faits, dont la substance était que le vendeur l'avait empêché de s'assurer, par l'arpenteur qu'il avait choisi, du nombre de boisselées que contenait la terre, en lui déclarant qu'elle en contenait 900 au moins ; qu'il avait congédié son arpenteur, dans la croyance que la terre avait l'étendue déclarée ; et que néanmoins, tandis que le vendeur lui faisait cette déclaration, il avait la conviction du contraire, par un procès-verbal d'arpentement qui était en sa possession, et qui ne portait que 616 boisselées ; procès-verbal dont le vendeur aurait voulu ôter la connaissance à l'acquéreur, qui n'en a été instruit que parce que le papier étant tombé d'une armoire, lui sieur des Aages l'avait ramassé, et s'était convaincu de l'erreur dans laquelle le sieur Dauzai l'avait jeté ; que, dans le premier instant, sur les reproches amers qu'il fit au sieur Dauzai, celui-ci n'avait pu s'empêcher d'en convenir, et avait même accepté la résiliation de la Vente, sous la condition de retenir les 1,344 livres de pot-de-vin qui avaient été payées au moment de la passation du contrat ; que le projet d'acte de résiliation avait même été rédigé par un avocat, en présence de témoins ; mais que le vendeur, après de nouvelles réflexions, avait pris le parti de se refuser à tout accommodement, et d'insister sur l'exécution du contrat de Vente.

" Le sieur Dauzai a nié en partie les faits ci-dessus ; et a renfermé sa défense dans son contrat, qui n'avait énoncé aucune quantité, ni promis aucune garantie de mesure ; et il a soutenu le sieur des Aages non-recevable dans ses demandes.

" Sentence du 18 juillet 1781, qui, sans préjudice du droit des parties. ordonne que, dans huitaine, le sieur Dauzai vien-

dra par aveu ou dénégation des faits articulés par le sieur des Aages ; faute de quoi, il sera fait droit, dépens réservés.

" Le sieur Dauzai, considérant que cette sentence tendait à admettre le sieur des Aages à la preuve de ces faits, en cas de dénégation de sa part, n'a pas cru devoir confier le sort de son acte à l'incertitude d'une preuve testimoniale ; il a interjeté appel en la cour, de la sentence du 18 juillet.

" Sur l'appel, le défenseur du sieur Dauzai a établi le mal-jugé de la sentence, sur l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1567, qui défend *de recevoir aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui aurait été dit avant, lors et depuis les actes passés pardevant notaires:* disposition absolue et de rigueur, à laquelle les premiers juges ont contrevenu, en ordonnant que le sieur Dauzai serait tenu d'avouer ou contester des faits articulés par le sieur des Aages, relatifs à des propos antérieurs ou postérieurs au contrat de Vente. Ce contrat porte expressément : *Vente de la terre de Lonchard, consistant en bâtimens et terrains, tel qu'en ont joui ou dû jouir les auteurs du vendeur, et le vendeur lui-même.* Dès qu'il n'y a aucune désignation d'étendue dans le contrat, il n'est pas possible d'exercer contre le vendeur aucune garantie.

" Le sieur des Aages a été défendu par M. de Bonnière, qui a essayé de faire valoir tous les soupçons de fraude, de dol et de mauvaise foi qui naissaient des faits articulés par son client, et dont il demandait à faire preuve.

" Mais cette défense venait nécessairement se briser contre la disposition absolue et rigoureuse de l'article de l'ordonnance qui défend d'admettre à la preuve au-delà du contenu aux actes.

" Aussi l'arrêt du 21 décembre 1781, a mis l'appellation, et ce dont est appel, au néant ; émendant, a débouté l'acquéreur de ses demandes en entérinement de lettres de rescision ; et l'a condamné aux dépens."

Il arrive souvent qu'en exprimant que l'héritage qu'on vend, contient tant d'arpens, on ajoute ces termes, *ou environ:* il faut conclure de cette expression que, si, sur dix arpens

vendus, il ne manque, par exemple, que dix ou douze perches, le vendeur ne doit pas être recherché à cet égard ; mais que, si le défaut est considérable, et qu'au lieu de dix arpens, il ne s'en trouve que neuf, il doit faire raison à l'acheteur de ce défaut, nonobstant les termes, *ou environ.*

On demande à ce propos, si l'acheteur est, de son côté, tenu de faire raison au vendeur de ce que la chose achetée contient au-delà de ce qui est porté par le contrat. Il faut répondre que non. La raison en est que le pré, par exemple, que, par erreur, on a dit être de quinze arpens, quoiqu'il en contint seize, a été vendu tout entier, sans que les parties eussent dessein d'en rien excepter ; et que la clause par laquelle le vendeur a assuré quinze arpens, n'est qu'en faveur de l'acheteur.

Observez cependant que cette décision ne s'applique qu'au cas où il n'y a qu'un seul et unique prix pour tout ce qui est vendu, et non à une Vente qui se fait à raison de tant par chaque arpent, par chaque aune, etc.

L'action de l'acheteur, relativement à ce que la chose vendue contient de moins que ne porte le contrat, consiste à demander que le vendeur ait à diminuer le prix de la Vente jusqu'à concurrence de la valeur de ce qui manque pour remplir l'obligation qu'il a contractée envers l'acheteur.

XI. L'acheteur peut pareillement demander une diminution du prix, quand la chose vendue n'est pas de la qualité exprimée par le contrat. Il peut même être fondé à demander la rescision de la Vente, quand il paraît par les circonstances qu'il n'aurait point acheté la chose vendue, s'il en eût connu la qualité. [[*V.* les articles *Garantie*, § 8, et *Rédhibitoire*]].

---

* 1 *Lapeyrère, Décis. somm. du Palais*, *v° Garantie*, *n°* 6. } En adjudication par décret, l'adjudicataire n'a ni garantie, ni ne peut prétendre diminution de prix ; jaçoit que la contenance exprimée par la saisie ne s'y trouve pas, pourvu

que les pièces soient confrontées. Morn. ad L. 40, § 2, ff. *de cont. empt.*

— *Aut vendo fundum per confines et sic incipio à corpore designato agris confinibus, fluviis, montibus, et tùnc totum illud corpus debetur emptori, qualecumque sit, licet posteà exprimatur certa mensura ; aut incipio à mensurâ, et tùnc ultrà numerum et mensuram, nihil potest consequi emptor ;* c'est la distinction de Décius, consil. 500.

---

* 1 *Despeisses, Œuvres, De l'achat, part.* 1, *sec.* 5, *n°* 15 *et s.* } 15. Le Vendeur est obligé non-seulement de bailler la chose vendue à l'Acheteur, mais aussi s'il a dit qu'elle contient certaine mesure, ou qu'elle est de certain poids, il est obligé de faire la quantité promise, *leg. Si in emptione* 2. *in princ. et leg. Si servum* 4. § 1. *ff. De act. empti ;* sans que les chemins publics, ni les rivages de la mer joignant au fonds, puissent faire partie de cette mesure, *leg. Littora* 51, *ff. De contrah. empt. quia nullius sunt, dict. leg.* 51. bien qu'il ait ignoré que le fonds vendu contenoit moindre quantité, *leg. Tenetur* 6. *in princ. ff. De action. empti.*

Ainsi le Vendeur d'un vase qu'il dit être de tant de mesures, ou de tant de poids, est tenu de faire ces mesures, ou poids *leg. Tenetur* 6. §. *Si vas* 4. *ff. De action. empt. et leg. Sicut periculum* 12. *Cod. De action. empti.*

Semblablement, celui qui a vendu un fonds contenant tant d'arpens, est obligé de les faire, *leg. Si emptione* 2. *in princip. ff. De action. empti,* ou diminuer du prix à proportion des arpens qui y manquent, *leg. Si servum* 4. §. *Si modus, un. ff. De action. empt. et leg. Qui libertatis* 69. *in fin. ff. De eviction.* Et ainsi a été jugé au Parlement de Dijon, le 28 juin 1603, Bouvot, *en ses Arrêts, tom.* 2. *sous le mot* VENTE, *quest.* 34. *Quia ubi minor modus invenitur, non potest æstimari bonitas loci qui non extat, dict.* §. *unic.*

Et cela a lieu, bien qu'avant la tradition du fonds, le fonds s'étant accru par alluvion, le nombre des arpens exprimés en la vente s'y trouve, savoir lorsqu'au tems de la vente, le Ven-

deur a su qu'au fonds il y avoit moindre nombre d'arpens qu'il ne disoit, *leg. Julianus* 13. §. *Si Titius* 14. *ff. De action. empti.* Car s'il l'a ignoré, il n'en est pas tenu, *dict.* §. 14. Même si en faisant la vente du fonds, le Vendeur a fait les limites plus amples qu'elles ne sont, et qu'après on évince partie de ce qu'il est compris esdites limites, quoique le nombre des arpens exprimés en la vente s'y trouve, ledit Vendeur sera tenu de ce qui a été évincé, *leg. Qui fundum* 45. *ff. De eviction.*

Et cela a encore lieu, non-seulement lorsque la vente a commencé par la quantité, Covarr. *lib.* 1. *Practicar. quæst. cap.* 3. *n.* 1. Imbert. *in Enchirid. in verbo, Potentius semper inspici*, Maynard, *liv.* 4. *chap.* 82. Belord. *en ses Observations*, *liv.* 4. *part.* 4. *art.* 4. et Ranchin, *part.* 1. *conclus.* 82. comme il a été jugé au Parlement de Bretagne, Belord. *en ses Controverses*, *lettre C*, *liv.* 1. *chap.* 87. suivant la Loi, *Ultra modum* 15. *Cod. De action. empti;* et à Dijon, sur un bail à ferme, fait de vingt journaux de terre, bien que le Fermier eût dit bien savoir la situation, par Arrêt du 5 Juin 1581. Bouvot, *tom.* 2. *sous le mot* BAIL A FERME, *quest.* 36. ou que certain prix a été baillé pour chacune mesure, Ranchin, *dict. conclus.* 82. mais aussi lorsque simplement la vente a commencé par le corps, le Vendeur ayant parlé en cette sorte : *Je vends un tel fonds contenant tant d'arpens*, Imbert. *ibid.* et Fachin. *lib.* 2. *cap.* 27. ensorte que si la quantité ne s'y trouve pas, l'Acheteur peut distraire partie du prix, à proportion de ce que lui revient chaque arpent, Covarr. *dict. cap.* 3. *num.* 8. Imbert. et Fachin, *dict. locis*, suivant la Loi, *Si duorum* 42. *ff. De action. empt.* en ces termes : *Quod amplius in modo invenitur, quàm dictum est, non ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet : et tunc tenetur venditor, cùm minor modus invenitur.* Ces derniers termes décident la question. Cela est encore décidé, *in leg. Qui libertatis* 69. §. *In fundo, ultim. ff. De eviction. et argum. leg. Si venditor hominis* 38. *in princ. ff. De action. empti*, où est dit : *Que le Vendeur d'un serf qui a dit que son pécule valoit dix écus, doit bailler l'entier pécule, encore qu'il vaille plus de dix écus ; et s'il en*

vaut moins, il le doit faire valoir dix écus, contre l'avis de Boër. *decisione* 50. *num.* 6. Belord. et Maynard, *ausdits lieux*, suivant lequel a été jugé au Parlement de Toulouse, par Arrêt donné au rapport de Maynard au mois de Février 1580. Maynard, *audit livre quatrieme*, *chap.* 28. car le Vendeur qui a dû savoir la mesure qui étoit en son fonds, se doit imputer de l'avoir dite plus grande qu'elle n'étoit; et on croit que l'Acheteur ne lui eût pas promis un si grand prix, s'il n'eût estimé que le fonds contenoit la mesure exprimée.

Mais lorsque le Vendeur n'a pas dit précisément la mesure, mais simplement que le fonds qu'il vendoit contenoit tant d'arpens *ou environ*, il n'est pas obligé de les parfaire, Ranchin, *dict. conc.* 82.

SECUNDO. Bien que quand le fonds vendu ne contient pas la mesure dite par le Vendeur, cela soit au préjudice du Vendeur, qui est obligé de la parfaire, ou de diminuer du prix convenu, comme il a été dit ci-dessus, et qu'il semble qu'il y doive avoir égalité entre l'Acheteur et le Vendeur, *leg. Si vina* 6. *ff. De peric. et comm. rei vendit.* néanmoins lorsque la vente a commencé par le corps, la quantité qui y est ajoutée ne diminue pas la vente, mais le Vendeur est obligé de bailler la chose entiere, bien qu'elle contienne davantage, Molin. *ad tit. Cod. De contrah. empt.* et Faber, *in suo Cod. lib.* 4. *tit. De contr. empt.* 28. *def.* 3.

Ainsi le Vendeur qui a vendu en cette sorte, *Je vends un tel fonds contenant tant d'arpens*, est tenu de bailler l'entier fonds, bien qu'il ait plus d'arpens, Fachin, *liv.* 2. *contro*¨. *cap.* 27. *Quod amplius in modo invenitur quàm dictum est*, *non ad compendium venditoris*, *sed emptoris pertinet*, *leg. Si duorum* 42. *ff. De action. empt.* Il est juste que le tout soit au profit de l'Acheteur qui a été induit à acheter à tel prix ; parce qu'il a cru que le fonds vendu contenoit telle mesure ; et ainsi si ladite mesure ne s'y trouve pas, il faut diminuer le prix : Que s'il contient plus, le Vendeur se doit plaindre de lui-même d'avoir vendu pour tel prix tout le fonds.

Seulement lorsque celui qui ayant vendu deux fonds à un

seul prix, a dit chacun d'eux contenir certain nombre d'arpens, et qu'en l'un il s'en trouve moins, et en l'autre plus, on fait compensation de la perte que l'Acheteur reçoit en l'un, avec le gain qu'il fait en l'autre, *leg. Si duorum* 42. *ff. De action. empti.* Et s'il se trouve encore en perte, soit en la quantité ou qualité du fonds, on l'indemnise de ce qui lui reste à être dû, *dict. leg. Si duorum.*

Tertio. Si la vente commence par la mesure, elle ne comprend que la seule mesure, Molin, Ranchin et Faber, *dict. locis*, qui doit être faite suivant la mesure du lieu convenu entre les Parties, bien qu'il soit autre que celui du contrat, *leg. Imperatores* 71. *ff. De contrah. empt.* Et en défaut de convention, suivant la mesure du lieu du contrat, Petr. de Ferrar. *in forma libel. in causa vendit. in verbo, Perticarum, num.* 6. ou des lieux voisins : jugé à Dijon, le 24 Mars 1614. Bouvot, *tom.* 1. *part.* 1. *sous le mot* Obole, *quest.* 1. ou bien si la chose doit être baillée en autre lieu que celui du contrat, suivant la mesure, non du lieu du contrat, mais de celui où elle doit être baillée, Bouvot, *tom.* 2. *sous le mot* Vente, *quest.* 3. comme il a été jugé au Parlement de Paris sur la mesure de certain vin vendu, le 16 Mai 1556. Charond. *en ses Pand. liv.* 2. *chap.* 30. sur la mesure de certain fonds vendu, le 4 Juillet 1587. Charond. *audit lieu, et en ses Réponses, liv.* 7. *chap.* 83. *et liv.* 8. *chap.* 54. et Chopin, *De Jurisd. Andeg. liv.* 2. *part.* 2. *chapit.* 1. *tit.* 3. *num.* 10. et le 6 Février 1563. Charond. *audit ch.* 54.

Il en est de même du poids ; car en défaut de la convention des Parties, la chose vendue à poids doit être pesée suivant le poids du lieu du contrat, Petr. de Ferrar. *dict. loc.* ou si elle doit être baillée ailleurs, suivant le poids du lieu où la chose doit être baillée, *arg. leg. Ratio* 3. §. *ult. ff. De act. empti.* où est dit : *Que lorsque le vin vendu doit être délivré en autre lieu que celui du contrat, on doit avoir égard à la valeur du vin telle qu'elle est au lieu où il doit être délivré, et non pas au lieu où le contrat a été fait : Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur,*

in quo ut solveret se obligavit, leg. Contraxisse 21. *ff. De obligat. et action.*

Et si le Vendeur ou l'Acheteur ont été trompés en la mesure, ou au poids, celui qui a été trompé aura son action pour son indemnité contre l'autre, savoir le Vendeur contre l'Acheteur, ou l'Acheteur contre le Vendeur, *leg. Si quis* 31. *ff. De action. empt.* Même celui qui se trouvera avoir falsifié les mesures ou poids, sera puni corporellement, *leg. penult.* §. 1. *ff. De leg. Cornel. de fals.*

16. En huitieme lieu, le Vendeur est obligé de bailler la chose avec la qualité promise, *leg. Si in qualitate* 21. *ff. De act. empt.* Ainsi s'il a dit qu'au fonds qu'il vendoit, il y avoit cinquante arpens de vigne, et cinquante de pré, bien qu'il s'y trouve cent arpens en tout, s'il y en a moins de cinquante en vigne, il est tenu, *dict. leg. Si in qualitate.*

Pareillement, s'il a vendu des vêtemens usés pour des neufs, il est tenu d'indemniser l'Acheteur qui a ignoré le vice desdits habits, *leg. Labeo* 45. *ff. De contrah. empt.*

En outre, s'il a vendu des tables pour être d'un bois, et sont d'un autre bois, il en est tenu, *leg. Si sterilis* 21. §. *Quamvis* 2. *ff. De act. empti.*

---

* 2 *Henrys, Œuvres, liv.* 4, *ch.* 6, *n°* 1 *et* 2. } *Si la contenuë déclarée en la saisie et aux placards ne se trouvant pas aux biens vendus par decret, il y peut écheoir maintenuë ou diminution du prix.*

Cette question qui regarde la maintenuë de la contenuë portée par un contrat de vente n'est pas facile à résoudre, et plus il y a de distinction à faire, plus la résolution est embarrassée. Quoique la plus commune opinion des Interpretes suive la distinction d'Oldrade, *consil.* 197. et tienne qu'aux ventes *quæ incipiunt à corpore*, on se doit plutôt régler par les confins que par la contenuë, et que ce n'est que pour une plus grande expression qu'elle a été déclarée : Qu'au contraire aux ventes *quæ incipiunt à quantitate*, le vendeur est obligé de maintenir la contenuë que le contrat porte. Toute-

fois les mêmes interpretes ne se tiennent pas fermes en cette résolution, ils chancellent sur icelle et recherchent d'autres distinctions. Ils distinguent donc en premier lieu si la contenuë est déclarée aussitôt après la dénomination du corps et auparavant les confins, ou si ce n'est qu'après les confins qu'elle est referée. Si c'est auparavant les confins, quelques-uns tiennent *venditionem factam ad mensuram non ad corpus*, entre autres *Panormitanus ad cap. per tuas extra de donation. et Boerius decisione* 50. De sorte que selon leur opinion, il n'est pas toùjours vrai de dire, que la vendition qui commence par le corps, se régle plutôt par les confins, que par la contenuë. En second lieu, l'on distingue l'acheteur d'avec le vendeur; on tient que le vendeur ne peut réclamer s'il y a une plus grande contenuë, *quia verisimile non est venditorem ignorasse modum rei suæ l. quisquis. C. de rescind. vendit.* et quand il l'auroit ignoré, l'ignorance *in proprio facto*, ne seroit pas recevable *l. finali ff. pro socio.* Mais pour l'acheteur, sa bonne foi lui doit servir, et tout ainsi que de droit la loi lui prête son secours, s'il a été trompé en la qualité de la chose venduë, *l. si in qualitate, l. si sterilis paragraph.* I *Julianus ff. de actionib. empti*, elle lui doit le même secours, s'il est trompé en la quantité. Cet argument est valable, *de qualitate ad quantitatem*, et c'est ainsi que raisonne le même Boërius en la décision cottée, suivant la loy 42. sur la fin, *ff. de actionib. empti.*

---

* 1 *Bourjon, liv.* 3, *tit.* 4, *ch.* 7, *sub.* 4e, *n*° 97 *et s.* } XLVII. Le défaut de mesure donne lieu à une juste garantie, sur quoi il faut distinguer, lorsque la vente est d'une maison ou d'un jardin, ou de l'un et l'autre ensemble, que le contrat de vente porte à qui tiennent ces corps certains des quatre côtés, et que par le contrat il est ajouté que le tout contient tant d'arpens; en ce cas le vendeur n'est pas obligé de garantir cette mesure; c'est corps certain vendu, limité par lui-même, abstraction faite de la mesure, ce qui écarte toute garantie par rapport à la mesure; les tenans désignés devant décider.

Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, quest. 83; Lapeyrere, let. V, décis. 51, pag. 528. Voyez les propositions suivantes, qui développent celle-ci.

XLVIII. En effet, en ce cas la vente se réduit à une maison, à un jardin, ainsi qu'ils se poursuivent et comportent, et les confins expliqués qui forment les limites de l'objet de la vente prédominent à l'énonciation de la mesure, qui dans ce cas n'est que surabondante ; et par conséquent sur cette mesure il ne doit pas y avoir de garantie, si le corps certain est entier ; c'est ce corps qui est acquis tel qu'il est, abstraction faite de mesure dont on n'a fait une mention imparfaite, que par surabondance.

Cela a été ainsi jugé au parc-civil, moi plaidant ; et c'est ce que dit Henrys, en la question qu'on vient de citer sur la proposition précédente.

XLIX. Dans le cas que la vente est faite à la mesure, par exemple, si elle est faite de trente arpens de terre, le vendeur est tenu de garantir cette mesure ; ce n'est plus un corps certain, mais une quantité marquée qui forme l'objet de la vente ; quantité qu'il doit garantir, puisque c'est cette quantité qu'il a réellement, et que l'acquéreur a voulu acquérir.

Voyez Henrys, à l'endroit qu'un vient de citer, tom. 1, liv. 4, ch. 6, quest. 83, et Lapeyrere, à l'endroit cité sur la premiere proposition de cette subdivision, et la proposition qui suit.

L. Cette garantie auroit lieu, encore que le contrat de vente contint les confins, et les tenans et aboutissans des trente arpens vendus ; c'est toujours certaine quantité vendue et qui doit être garantie par le vendeur : la délivrance de cette quantité étant l'objet et la fin d'un tel contrat ; cette jurisprudence est fondée, sur ce que dans le cas que la vente est faite à la mesure, l'énonciation des confins est surabondante, et comme telle, c'est la quantité, c'est la mesure marquée qui prédomine sur icelle : si cette mesure manque, il y a donc lieu à la la garantie contre le vendeur : second cas qui se décide tout différemment de celui qu'on a examiné, c'est-à-dire celui d'une vente d'un corps certain et cependant par le même principe, c'est-à-dire, par le vrai sens des termes du contrat.

[ARTICLE 1501.]

Dans le cas que la vente est faite à la mesure, les frais de l'arpentage sont à la charge du vendeur: ils sont au contraire à la charge de l'acquéreur, si la vente est faite d'un corps certain : c'est ce que dit Basset, tom. 2, liv. 4, tit. 16, ch. 6. Il faut distinguer, dit-il, *an venditio incipit à mensurâ aut à corpore, primo casu sumptibus venditoris hæc mensuratio est facienda, secundo casu emptoris* ; ce qui me paroît juste pour le premier cas, mais inutile pour le second, où la mesure, ou plutôt l'énonciation d'icelle, ainsi qu'on vient de le voir, est totalement surabondante, puisqu'en ce cas le vendeur ne garantit que le corps certain et non la mesure.

LI. Si la vente est faite à la mesure, mais avec la restriction, ou environ, cette restriction ne décharge pas absolument le vendeur de garantir la mesure du terrain par lui vendu : mais la restriction produit l'effet qu'on va expliquer : au moyen de cette restriction, le vendeur n'est plus assujetti à une garantie arithmétique, et il ne doit fournir qu'environ la quantité désignée par le contrat ; c'est tout son engagement, ainsi sur cela, la difficulté se réduit à déterminer l'effet que le mot [environ] doit produire : par cette restriction, le vendeur doit fournir à un trentieme près, la quantité marquée par le contrat de vente et non moins : tel est sur ce l'usage fondé sur ce qu'il a fallu faire produire un effet balancé à ce mot indéterminé d'environ, et cet effet qu'on lui donne est un effet juste et naturel.

Voyez sur cela la dissertation que fait Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, quest. 83.

LII. De-là il s'ensuit que s'il a vendu trente arpens de terre ou environ, et qu'il s'en trouve vingt-neuf, il n'est tenu d'aucune garantie ; mais s'il ne s'en trouvoit que vingt-huit, l'acquéreur a garantie, pour laquelle diminution doit lui être faite du vingt-neuvieme du prix seulement ; c'est ce qui résulte de ce que dessus.

Cela a été ainsi jugé au présidial, moi plaidant.

[ARTICLE 1501.]

* 3 *Voët*, *Comm. ad Pandectas*, *liv.* 18, *tit.* 1, *De contrah. empt.*, *n°* 7, *p.* 378-9. } 7. Si in quantitate erratum fuerit, valet quidem venditio, nec ullo in casu ipso jure nulla est; sed an pretium pro rata quantitatis majoris minorisve, quam adesse credebatur, repertæ augendum vel minuendum sit, nec ne, distinctione terminandum est. Nam si, verbi gratia, fundus ad quantitatem distractus sit, augendum vel minuendum esset pro rata pretium, prout amplior angustiorve inventus fuerit agri modus, quam contractu expressus est. *l. qui fundum* 40. §. *qui agrum.* 2. *ff. h. t. l.* 2. *pr. l. si servum* 4. §. 1. *ff. de act. emti. l. qui libertatis* 69. §. *ult. ff. de eviction.* Idemque est, si quantitas quidem, quæ designata est, inveniatur, sed non talis naturæ vel bonitatis, qualis expressa fuit; ut, si decem jugera in pratis decem in vineis dicantur esse, et duodecim in pratis, octo tantum in vineis deprehendantur: minuendum namqui tunc foret pretium pro bonitate, quæ abest, si modo non minima sed notabilior quædam qualitatis aut bonitatis portio desit. *d. l.* 4. §. 1. *l. si duorum* 42. *ff. de action emti.* Quin imo, si Paulo fides, tenebatur olim venditor in duplum quantitatis ejus, in qua mentitus erat, Paulus *recept. sent. lib.* 2. *tit.* 17. §. 4. videtur autem eo casu, quo ad quantitatem res vendita est, ita jus esse, ut, si quidem minor inveniatur mensura, quam expressa est, arbitrio venditoris permitti debeat, an pretium pro rata remittere aut refundere, an mensuram, quæ deest, supplere malit: sin major deprehendatur, emtoris electio sit, an pretium augere pro rata velit, an majis id, quod amplius est, venditori relinquere, ne alioquin invitus emere compellatur. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 80. Neostadius *Curiae Holl. decis.* 18. *in fine.* Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 18. Quod si ex adverso non ad quantitatem, sed ad corpus, res fuerit divendita, inventus major minorve rei modus nequaquam minuet augitve pretium, nisi concurrat insuper dolus venditoris consulto mentientis. *l. Julianus* 13. §. *si Titius fundum* 14. *ff. de act. emti.* arg. *l. qui fundum tradiderat* 45. *ff. de eviction.* Cæterum non ad quantitatem, sed magis

ad corpus facta intelligitur venditio, si nulla prorsus sit facta quantitatis mentio, veluti, si quis simpliciter *fundum Cornelianum* vendat, vel *fundum Cornelianum qualis est*, vel *talem qualem ipse hactenus possedit*, vel *qualem colonus nunc habet tenet, colit.* Vel si quantitatis quidam sit facta declaratio, sed adjecta protestatione, dum quis, verbi gratia, vendit *fundum centum jugerum aut quanto plus minusve continebit;* seu, *ut tamen isti nolit adstringi quantitati.*. Vel denique quantitatis quidem sit facta mentio, veluti, *vendito fundo centum jugerum*, sed simul etiam monstrati fuerint fines fundi. arg. *d. l.* 45. *ff. de eviction.* Ut tamen in casibus duobus posterioribus, si notabilis admodum sit diversitas quantitatis expressæ, et re ipsa inventæ, sic ut in finium monstratione videatur erratum, pretium adhuc pro rata augendum vel minuendum foret, aut emtor traditione quantitatis expressæ teneretur ex bono et æquo contentus esse. Groenewegen ad *d. l.* 45. *ff. de eviction.* et ad hunc forte casum reducenda ac restringenda, quæ occurrunt apud Hug. Grotium *manud. d. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 80. et Neostadium *Curiae Holl. decis.* 18. *circa fin.* majoris scilicet minorisve modi inventi, quam dictus erat, rationem habendam, si jugeri unius quantitatem excedat: quodque scriptum est apud Jac. Coren *observat.* 19. *lit. g.* et Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 19. ex locorum quorumdam consuetudine suppleri minuive oportere pretium, si minor majorve quantitas inventa superet centum, vel quinquaginta decempedarum mensuram, *so't versehil ontrent de quantiteyt is monterende hoven kat of kond vel boven hond of half.* Contra, ad quantitatem facta censeri debet fundi distractio, quoties vel *decem jugera fundi Corneliani* venduntur, vel simpliciter *fundus Cornelianus*, sed pretio in *singula istius fundi jugera* constituto, Jac. Coren *d. observ.* 19. *in fine, in nota subjincta.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 263. Confer de errore in quantitate Pinellum ad *l.* 2. *C. de rescind. vendit. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 3. *et seqq.* Jac. Coren *d. observ.* 19. Neostadium *d. decis.* 18. Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 16. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 207. *et* 263. *et part.* 2. *consil.* 313.

[ARTICLE 1501.]

Groenewegen *ad Grotium d. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 80. et ad *d. l.* 45. *ff. de eviction.* Brunnemannum ad *l. ult. ff. de peric. et commodi rei vend.*

FIN DU ONZIÈME VOLUME.

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE ONZIÈME VOLUME.

CONTINUATION DU LIVRE TROISIÈME

TITRE QUATRIÈME. — DES CONVENTIONS MATRIMONIALES ET DE L'EFFET DU MARIAGE SUR LES BIENS DES ÉPOUX (*suite*).